تحمل تبعة الهلاك
فى البيع البات

إعداد

د. محمد أحمد بكر

مدرس القانون الخاص (المدنى) بالكلية

١٤٢٢ هـ - ٢٠٠١م

بسم الله الرحمن الرحيم

الحمد لله رب العالمين والصلاة والسلام على أشرف المرسلين وخاتم النبيين ورحمة للعالمين سيدنا محمد وعلى آله وصحبة أجمعين.

وبعد...

فهذا بحث فى موضوع تحمل تبعة هلاك المبيع فى البيع البات رأيت أن أعالج فيه تحديد من يتحمل تبعة الهلاك من طرفى العقد، خاصة وأن هذا الموضوع له أهمية كبرى فى نطاق الفقه الإسلامى والقانون الوضعى، إذ كثيراً من المنازعات تقع فيه، وكثيراً ما ترد تساؤلات كثيرة حول من يقع عليه مسئولية هلاك المبيع هل هو البائع أم المشترى وسأقوم يعون الله ببحث هذا الموضوع علماً بأن منهجى فى البحث يقوم على عرض آراء فقهاء الشريعة الإسلامية على اختلاف مذاهبهم خاصة الحنفية والمالكية والشافعية والحنابلة مقارناً بين آراء هؤلاء الفقهاء مع الإتيان ببعض النصوص الشرعية التى تعضد كلا من هذه المذاهب، ثم بعد ذلك أرجح رأياً من هذه الآراء مع ذكر سبب الترجيح، وأخيراً أذكر أوجه الشبه والاختلاف بين الفقه الإسلامى والقانون الموضعى مبرزاً أصالة الفقه الإسلامى ونظرته البعيدة واستقلاله عما عداه من النظم الوضعية وأخيراً أسأل أن يلهمنى التوفيق والسداد إنه نعم المولى ونعم النصير.

خطة البحث:

قمت بتقسيم هذا البحث إلى خمسة فصول الأول منها للتمهيد عن (مضمون الالتزام بتسليم المبيع) وخاتمة:

الفصل التمهيدى: مضمون الالتزام بتسليم المبيع.

الفصل الأول: الهلاك الكلى الموجب لتحمل التبعة.

الفصل الثانى: الهلاك الجزئى الموجب لتحمل التبعة.

الفصل الثالث: هلاك العقار قبل التسجيل فى القانون المدنى.

الفصل الرابع: الجوائح وأثرها فى افقه الإسلامى.

ثم بينت أهم النتائج التى انتهت إليها من خلال البحث وذلك فى الخاتمة وأسأل الله أن يوفقناً لما فيه خدمة الإسلام والمسلمين، وصلى الله على سيدنا محمد وعلى آله وصحبه وسلم.

تمهيد:

حقيقة الهلاك

إن بيان حقيقة الهلاك يقتضى تحديد مفهومه فى اللغة ثم بعد ذلك بيان حقيقته فى الفقه الإسلامى مع بيان الألفاظ ذات الصلة، ثم بيان حقيقته فى القانون المدنى.

١- حقيقة الهلاك فى اللغة:

الهلاك فى اللغة ذهاب مادة الشئ ومنافعة، ويقال هلك الشئ هلكاً من باب ضرب وهلاكا، وهلوكاً ومهلكا بفتح الميم والاسم الهلك مثل قفل ويتعدى بالهمزة فيقال أهلكته ومنه قوله تعالى "وجعلنا لمهلكهم موعداً" أى لوقت إهلاكهم آجلاً[١].

٢- حقيقة الهلاك فى افقه الإسلامى:

لقد عرض الفقهاء المسلمون لمادة هلك وأرادوا بها فناء مادة الشئ بحيث لا يمكن الانتفاع به انتفاعاً يعتمد به، ولذا عرف الكاسانى الهلاك بأنه تصبير الشئ هالكاً أو كالهاً كالثوب البال أو اختلاطة بغيره بصورة لايمكن إفراده بالتصرف كاستهلاك السمن فى الخبز[٢]".

---

(١) لسان العرب مادة هلك المصباح المنير، مختار الصحاح نفس المادة.

(٢) بدائع الضائع للكسانى ٢٥/١٠ بيروت لبنان، الموسوعة الكويتية، ١/٢٩-٢٩/٤ وزارة الأوقاف والشئون الإسلامية، موسوعة جمال عبد الناصر فى الفقه الإسلامى يصدرها المجلس الأعلى للشئون الإسلامية ١٢٤/٨، ١٢٥.

٣- الألفاظ ذات الصلة:

أ- التلف:

ورد التلف فى اللغة بمعنى فساد الشئ وهلاكه، فيقال تلف كفرح هلك وأتلفه أفناه، وذهب نفسه تلفاً وطلفا هدراً[١]، فالتلف يتفق فى المعنى مع الهلاك إذ فى كل منهما ضرر مادة يلحق الشئ فيؤدى إلى فنائه أو فسادة بما لا يصلح معه للانتفاع المقصود منه، غير أن التلف الضرر فيه أقل من الهلاك، إذ يمكن مع التلف تحويل الشئ أو إعادة تصنيعه، أو إزالة سبب الفساد عنه ثم الانتفاع به[٢]، وإذا كان التلف يتفق فى عمومه مع الهلاك فهو أعم من الإتلاف، لأنه كما يكون نتيجة إتلاف الغير فإنه يكون نتيجة آفة سماوية[٣].

ب- التعدى:

يطلق التعدى ويراد به مجاوزة الحق، والظلم حيث جاء فى لسان العرب عدا عدوا أظلم وجار[٤] أما فى الاصطلاح فيطلق على العمل الضار بدون حق أوجواز شرعى[٥]، والصلة بين الاستهلاك والتعدى أن

---

(١) القاموس المحيط مادة التلف باب التاء جـ١ ص ٣٧٥ط عيسى البال الحلبى.

(٢) د/ محمد أحمد الزرقا. مسئولية الناقل البرى فى عقد نقل الأشياء دراسة مقارنة ص ٢٠٢، رسالة للدكتوراه، كلية الشريعة والقانون بالقاهرة سنة ١٩٨١م.

(٣) الموسوعة الكويتية ٤/١٢٩.

(٤) لسان العرب مادة عدا، كما يراجع أحكام القرآن/لابن العربى المجلد الأول دار الفكر ص ١١٣.

(٥) يراجع بحث بعنوان مسئولية المتوع عن خطأ تابعة د/رأفت محمد أحمد حماد، ص١٢٣ دار النهضة العربية.

التعدى أعم منه حيث يعتبر الاستهلاك طبقاً لما جاء فى قوانين الأحكام الشرعية لابن جزى(١) نوعاً من التعدى.

ج- الجناية:

هى الذنب والجرم وما يفعله الإنسان مما يجب عليه العقاب أو القصاص فى الدنيا والآخرة، وتجنى فلان ذنباً إذا تقوله عليه وهو برئ، فاستهلاك الشيئ بغير وجه حق يسمى جناية.(٢)

د- الإضرار:

إيقاع الضرر بالغير فقد جاء فى لسان العرب فى أسماء الله الحسنى النافع الضار، والإضرار التزوج على الضرة، والمضرة خلاف المنفعة(٧)، فالإضرار هو إيقاع الضرر بالغير وقد يراد منه أى نقص يدخل على الأعيان وقد يتحقق ذلك فى بعض صور الاستهلاك.(٣)

حقيقة الهلاك فى القانون المدنى:

بعد أن عرضنا لتعريف الهلاك فى الفقه الإسلامى والصلة بينه وبين بعض الألفاظ التى قد تشتبه به، نعرض لتعريفه فى القانون المدنى.

وقد عرف بعض فقهاء القانون الهلاك بأنه تلف مال معين تلفاً كلياً أو جزئياً بسبب قوة قاهرة أو حادث فجائى، ويعتبر فى حكم الهلاك

---

(١) قوانين الأحكام الشرعية لابن جزى ث ٣٤٩ عالم الفكر.

(٢) لسان العرب لابن منظور مادة (جنى)، المدونة الكبرى للإمام مالك ١٥٤/٦ الناشر دار صادر، بيروت.

(٣) د/أسامة محمد حسن العبد فى رسالته للدكتوراه (نظرية الاستهلاك فى الفقه الإسلامى والقانون الوضعى ص١٨.

حدوث قوة قاهرة تحول دون الانتفاع بشئ معين أو دون قيام الشخص بنشاط معين يأخذ حكم الهلاك[١].

كما عرف البعض الآخر الهلاك بأنه "فقد الشيئ المعين لعناصره الأساسية التى يتكون منها أو بعضها بسبب القوة القاهرة أو حادث فجائى أو حادث مادى بفعل الإنسانى[٢] وقد ورد هذا المعنى فى حكم قضت به محكمة النقض المصرية بقولها "بأن بيع البضاعة المتعاقد عليها بأمر من القضاء المستعجل خشية تلفها حتى يفصل فى النزاع القائم بين الطرفين بشأن الحكم الصادر بينهما لا يؤدى إلى إنفساخ هذا العقد ولا يسوغ فى ذاته الفسخ، إذا بيع البضاعة على هذه الوجه لا يقاس على الشئ المبيع الموجب لانفساخ عقد البيع ذلك أن الهلاك الذى نصت عليه المادة ٢٩٧من القانون المدنى القديم المقابلة للمادة ٤٣٧ من القانون المدنى الجديد. هو زوال الشئ المبيع من الوجود، أما بيع الشئ بأمر من القضاء المستعجل خشية التلف فهو جزاء وقتى قصد به صيانة الشئ المبيع من الهلاك وحفظ قيمته لحساب من يقضى بالتسليم إليه"[٣]

---

(١) د/ سليمان مرقس الوافى فى شرح القانون المدنى ٣ فى العقود المسماة المجلد الأول عقد البيع. الطبعة الخامسة ١٩٩٠م ف ٢٦٠ ص ٦٥٢.

(٢) محمود محمد عوض سلامة هلاك المعقود عليه دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامى والقانون الوضعى رسالة "دكتوراة" من كلية الشريعة والقانون بالقاهرة ص ٢٠.

(٣) نقض مدنى بتاريخ ١٩٥٧/٢/٢١ مجموعة أحكام النقض س رقم ٨ ص ١٥٨، ونقض مدنى بتاريخ ١٩٦٨/١٢/٢٦ س ١٩ ص ١٩٦٥.

ويتبن لنا من الحكم السابق الذى قضت به محكمة النقض أن الهلاك زوال الشئ من الوجود بمقوماته الطبيعية بسبب قوة قاهرة أو حادث فجائى أو حادث مادى بفعل إنسان.[1]

خلاصة ومقارنة:

بالمقارنة بين الفقه الإسلامى والقانون المدنى فى تعريف الهلاك يلاحظ الآتى:

١- لقد عنى الفقهاء المسلمون بكلمة هلاك (فناء الشئ) بحيث لايمكن الانتفاع به انتفاعاً مقصوداً، ويتفق فقهاء القانون مع فقهاء الإسلام فيما يعنون بكلمة هلاك.

٢- قد ينشأ الهلاك عن فعل أحد طرفى العقد أو عن فعل شخص أجنبى. كما أن الآفة السماوية أو ما يعبر عنها القانون بالقوة القاهرة أو الحادث المفاجئ قد يكون سبباً فى حدوث الهلاك، ويتفق القانون المدنى مع الفقه الإسلامى فى هذه الأسباب التى تؤدى إلى هلاك الشئ.

٣- يتفق الفقهان الإسلامى والوضعى فى أن الهلاك والتلف يستعملان بمعنى واحد ففى كل منهما يوجد ضرر مادى يلحق بالشئ فيؤدى إلى فنائه أو فساده.

---

(١) يراجع بحث بعنوان (هلاك المبيع دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامى والقانون المدنى) للدكتور محمد على عثمان الفقى. الناشر دار النهضة العربية ١٩٩٦، ص ١٢،١٣.

٤- يتفق القانون المدنى مع الفقه الإسلامى فى أن الشئ إذا تلف كلية فيسمى هذا هلاكاً كلياً، وإذا تلف جزء منه فيسمى هلاكاً جزئياً، كذلك يتفقان فى أن ضياع الشئ أو فقده يأخذ حكم الهلاك.

هذا ونستطيع أن نعرف الهلاك أو التلف بقولنا الهلاك "زوال الشئ من الوجود بفقده لعناصره الأساسية التى يتكون منها أو بعضها بسبب القوة القاهرة أو الحادث المفاجئ أو بفعل مادى للإنسان، فقد أفصح هذا التعريف عن حقيقة الهلاك أو التلف كما وضح الأسباب التى تؤدى إلى هلاك الشئ عادة وهى الآفات السماوية او الجوائح، الفعل المادى للإنسان.

الفصل التمهيدى

مضمون الالتزام بتسليم المبيع

تمهيد:

إن البحث فى تحمل تبعة هلاك المبيع يقتضى منا أن نفرد فصلاً نعرض فيه للحديث عن مضمون الالتزام بتسليم المبيع، ويرجع ذلك إلى أمرين:

الأول: أن تبعة هلاك المبيع فى كل من الفقه الإسلامى والقانون المدنى لا ترتبط بانتقال الملكية بل ترتبط بالتسليم.

الثانى: أن الفقهاء المسلمين رغم اتفاقهم على ان الملكية تنتقل بالعقد إلا أنهم لم يتفقوا على كيفية التسليم حيث يرى البعض منهم أن التخلية تعد قبضاً، والبعض منهم لم يكتف بذلك بالنسبة لما فيه حق توفيه على ما سنوضحه فيما بعد، لذلك رأينا أن نفرد فصلاً لمضمون التسليم حتى يتضح لنا بناء عليه من يتحمل تبعة هلاك المبيع. وذلك فى كل من الفقه الإسلامى والقانون المدنى.

المبحث الأول

مضمون الالتزام بتسليم المبيع فى الفقه الإسلامى

تمهيد:

من الالتزامات الأساسية التى تقع على عاتق البائع فى الفقه الإسلامى الالتزام بتسليم المبيع، ويختلف تسليم المبيع تبعاً لما إذا كان التسليم حقيقياً أو حكمياً.

المطلب الأول

التسليم الفعلى فى الفقه الإسلامى

يتحقق التسليم الفعلى أو الحقيقى فى الفقه الإسلامى إذا تخلى البائع عن المبيع للمشترى، ورفع كل ما يحول دون حصول المشترى على المبيع وحتى يتحقق ذلك يلزم توافر الشروط الآتية:

١- أن يأذن البائع للمشترى بتسليم المبيع. وقد يرد هذا الإذن صريحاً وقد يكون ضمنياً يستشف من سكوت البائع. عندما يرى المشترى يقبض المبيع دون اعتراض منه. لأن السكوت فى معرض الحاجة بيان.

٢- أن يتمكن المشترى من قبض المبيع دون حائل، فإذا كان المشترى قادراً على استلام المبيع، فإن البائع قد يكون أو فى بالتزامه وإن لم يتسلم المشترى المبيع فعلاً.

٣- ألا يتعلق بالمبيع حق للبائع أو للغير، فإذا كان المبيع مالاً يتعين إفرازه، فلا يتحقق التسليم إلا بالإفراز[١] فإذا توفرت هذه الشروط فإن التسليم يكون حقيقياً، ويختلف مضمون التسليم حسب ما إذا كان مما يجب تسليمه عقاراً أو منقولاً.[٢]

أولاً: كيفية تسليم العقار:

عرفنا أنه إذا لم يوجد مقتضى لحبس المبيع وجب على البائع أن يسلمه إلى المشترى، وتختلف كيفية التسليم باختلاف المبيع لأنه إما أن يكون عقاراً أو منقولاً، فإذا كان عقاراً كالأرض والدور فتسليمه يكون بالتخلية بينه وبين المشترى على وجه يتمكن معه المشترى من تسلمه والتصرف فيه فإن لم يتمكن من قبضه بأن منعه شخص آخر من وضع يده على الأرض أو الدار فلا تعتبر التخلية قبضاً وقد ذهب إلى هذا الرأى

([١]) العقود المدنية فى الشريعة الإسلامية د/أحمد عبد الحميد عشوش ١/١٧٣، ١٧٤ الناشر: دار ثروت للنشر.

([٢]) تنقسم الأموال فى الشريعة الإسلامية إلى عقار ومنقول، فالعقار ما لايمكن نقله وتحويله، والمنقول كل مال يمكن نقله وتحويله، ولذا قرر الفقهاء أن العقار لا يشمل إلا الأرضيين، سواء أكانت للزراعة أم كانت لبناء أم لغير ذلك. ويشمل المنقول ما عدا ذلك من الأموال، غير أن من أنواع المنقول ما يأخذ حكم العقار تبعاً له وهو البناء والغراس لأنهما متصلان به اتصال قرار وثبات، وفى مذهب الإمام مالك العقار يشمل الغراس ويشمل البناء لاتصالهما بالأرض اتصال قرار، ولأنهما ثابتان غير قابلين للانتقال، يراجع الشرح الكبير للدردير ٤/٤٧٦، الملكية ونظرية العقد فى الشريعة الإسلامية ص ٦٤، ٦٥، د/مصطفى الزرقاء، الفقه الإسلامى فى ثوبه الجديد ٣/١٤٧، ١٤٨.

جمهور الفقهاء من الحنفية[١] والمالكية[٢] والشافعية[٣] والحنابلة[٤] وما ينبغي ملاحظته هو أن الالتزام بنقل الملكية مؤسس على الالتزام بالتسليم ومتفرع منه ذلك أن الملك ما يثبت لعينه ولكن باعتباره وسيلة إلى الانتفاع بالمملوك ولا يتأتى الانتفاع به إلا بالتسليم ولذا كان التسليم واجباً على البائع بالنسبة للسلعة وعلى المشترى بالنسبة للثمن[٥] كما يلاحظ من ناحية أخرى أن المالكية والشافعية لا يكتفون في قبض العقار بالتخلية إن كان ذلك العقار داراً للسكنى بل يشترطون فوق ذلك أن يخلي البائع أمتعته منها، أي أنهم يفرقون بين دار السكنى ودار غير السكنى، فدار غير السكنى يكون قبضها بالتخلية بينه وبين المشترى وتمكنه من التصرف فيه، وأما دار السكنى فإن قبضها بالإخلاء أي إخلاء الأمتعة منها ولذا جاء في الشرح الكبير للدردير" وقبض العقار بالتخلية بينه بين المشترى وتمكنه من التصرف فيه بتسليم المفاتيح إن وجدت وإن لم يخل

(١) حاشية ابن عابدين ٧/٧٢، ٧٣. دار إحياء التراث العربي جاء فيه " ثم التسليم يكون بالتخلية على وجه يتمكن من القبض بلا حائل ولامانع، الفتاوى الهندية ٣/١٦دار المعرفة لطباعة والنشر، بدائع الصنائع للكساني ٥/٢٤.

(٢) جواهر الإكليل شرح مختصر خليل ٢/٥١ الناشر عيسى البابي الحلبي جاء فيه "وقبض العقار بالتخلية للمبتاع وتمكنه من التصرف فيه" الشرح الصغير للدردير ٣/٨٦، ٨٧.

(٣) قليوبي وغيرة ٢/٢٥١ دار إحياء الكتب العربية جاء فيه " وقبض العقار تخلية للمشترى وتمكينه من التصرف فيه، الغرر البهية للشيخ/ زكريا الأنصاري ٥/٣، ٤، ٥ دار الكتب العلمية بيروت.

(٤) المغني لابن قدامة ٤/٤٤٢، الناشر دار الغد العربي جاء فيه" وقبض كل شئ بحبسه.." ويراجع أيضاً الكافي لابن قدامة، الناشر فيصل عيسى البابي الحلبي ٢/٢٠.

(٥) البدائع للكاساني ٥/٢٤٣ الناشر دار الكتاب العربي بيروت، لبنان.

متاعة منها إن لم تكن دار سكنى، وأما هى فإن قبضها بالإخلاء ولايكفى التخلية[١] كما جاء فى الغرر البهية لشيخ[٢] زكريا الأنصارى" أن خلاه أى بأن خلاه البائع للمشترى بلفظ يدل على التخلية مع تسليمه المفتاح فيما له مفتاح وتفريغه العقار من أمتعته هذا وقد أوضحت المادة ٢٦٣ من مجلة الأحكام العدلية هذا المعنى بقولها "تسليم المبيع يحصل بالتخلية وهو أن يأذن البائع للمشترى بقبض المبيع مع عدم وجود مانع من تسليم المشترى إياه.[٣]

ثانياً: كيفية تسليم المنقول:

إذا كان المبيع منقولاً فإن تسليمه يختلف تبعاً لما إذا كان مثلياً أو قيماً[٤].

---

(١) حاشية الدسوقى على الشرح الكبير ١٤٥/٣.

(٢) الغرر البهية المرجع السابق ٥/٥.

(٣) دار الحكام شرح مجلة الأحكام تأليف على حيدر، دار الكتب العلمية، بيروت لبنان ص ٢١٦.

(٤) المثلى كل مقدر بكيل أو وزن أو ماحصر بكيل أو وزن، أو ما يوجد له مثل فى الأسواق بلا تفاوت بين أحادة، أما القيمى فهو ما تتفاوت أحادة تفاوتاً يعتد به أو لا تتفاوت أحاده ولكنه انقطع عن السوق كالعقارات من الأرض، والبناء، يراجع الملكية ونظرية العقد فى الشريعة الإسلامية د/أحمد فراج حسين، الناشر الدار الجامعية ص ٢١، الأشباه والنظائر للسيوطى، دار إحياء الكتب العربية ص ٣٨٩، وأيضاً د/ مصطفى الزرقاء الفقه الإسلامى فى ثوبه الجديد ١٣٠/٣، ١٣١.

تسليم المنقول المثلى:

إذا كان المنقول مثلياً فإن جمهور الفقهاء من الأحناف والمالكية والشافعية والحنابلة يرون أن تسليمه يكون بالوزن إن كان المبيع من الموزونات كالعنب، وبالكيل إن كان المبيع من المكيلات كالقمح، وبالعد إن كان المبيع من المكيلات كالبيض، وعلى ذلك فإن المنقول المثلى محل اتفاق بين الفقهاء بالنسبة لتسليمه، وهذا فى البداية، ولكنهم اختلفوا بعد ذلك فالأحناف يرون أن أصل القبض يحصل بالتخلية إذ بها يخرج المبيع من ضمان البائع ويدخل فى ضمان المشترى حتى لو هلك بعد التخلية قبل الكيل أو الوزن يهلك على المشترى، وهذا يعنى أن الكيل أو الوزن لإتمام عملية التسليم، ولذا لا يجوز للمشترى بيعه ولا الانتفاع به قبيل الكيل او الوزن، لأن التسليم من تمام القبض، أو أن العلة تعبدية غير معقولة المعنى على اختلاف بين الأحناف[1]، أما الحنابلة[2] فإن القبض يحصل

([1]) بدائع الصنائع للكاسانى ٥/٢٤٤ جاء فيه "لا خلاف بين أصحابنا فى أن أصل القبض يحصل بالتخلية فى سائر الأوال .. .. وكذا لا خلاف فى أنه لا يجوز للمشترى بيعه والانتفاع به قبل الكيل والوزن لكن اختلفوا فى أن حرمة التصرف قبل الكيل أو الوزن لانعدام القبض بانعدام الكيل أو الوزن أو شرعاً غير معقول المعنى مع حصول القبض بتمام التخلية، ويراجع الفتاوى الهندية ٣/١٦، ١٧.

([2]) جاء فى كشاف القناع ٣/٢٨٥، ٢٨٦، الناشر دار الكتب العلمية جاء فيه "ويحصل القبض فيما بيع بكيل أو وزن أو زرع بذلك بشرط حضور مستحق أو نائبه، وفى نفس المعنى يراجع الإنصاف للمرداوى ٤/٤٥٨، الروض المربع للبهوتى ١/٢٠٠، المكتبة الثقافية بيروت.

عندهم فيما بيع بكيل أو وزن أو عد أو زرع بالكيل أو الوزن أو العد أو الزرع بشرط حضور مستحق أو نائبه لقيامه مقامه(١).

وبهذا يقترب المذهب الحنبلى من المذهب الحنفى، أما المالكية(٢) فهم يرون أن قبض الموزون بوزنه وقبض المكيل بكيله بشرط تفريغه فى أوعية المشترى حتى لو هلك قبل التفريغ فى أوعية المشترى كان الضمان على البائع عندهم، ويستمر ضمان البائع له ولو تولى المشترى كيله أو وزنه أو عده نيابة عن البائع فلو سقط من الميزان أو من المكيال لكان ضمانه من البائع، وهنا يحتمل أربع صور:

الأولى: أن يتولى البائع أو نائبه الوزن أو الكيل ثم يأخذ الموزون أو المكيل ليفرغه فى ظروف المشترى فيسقط من يده أو يتلف فضمانه من البائع.

الثانية: مثلها ولكن الذى تولى تفريغه فى الظرف المشترى فضمانه من المشترى لأنه حين أخذه من الميزان أو المكيال ليفرغه فى ظرفه فقد تولى قبضه فضمانه من المشترى.

---

(١) كتاب الفروع لابن مفلح الناشر: عالم الكتب ١٤٠/٤ جاء فيه (وما قدر بكيل وغيره توفيته نص عليه بحضور المستحق أو نائبه).

(٢) الشرح الصغير ٧٦/٣، ٧٧ جاء فيه " إلا فيما فيه حق لمشتريه وهو المثلى من مكيل أو موزون أو معدود فعلى البائع ضمانه لقبضه ويستمر ضمان البائع له بمعياره من مكيل أو ميزان حتى يفرغ فى أوانى المشترى" الخرشى على مختصر خليل وبهامشه حاشية العدوى ١٥٨/٥ الناشر دار صادر بيروت.

الثالثة: أن يتولى المشترى الوزن أو الكيل أو التفريغ فيسقط من يده فقال مالك وابن القاسم مصيبته من البائع لأن المشترى وكيل عن البائع ولم يقبض لنفسه، وقال سحنون من المشترى.

الرابعة: ألا يحضر ظرف المشترى وإنما يحمل ذلك فى ظرف البائع بعد وزنه أو كيله ليفرغه فى ظرفه ببيته مثلاً فيسقط منه أو يتلف فضمانه من المشترى، لأنه قبضه بعد الفراغ من وزنه قبض لنفسه فى ظروف البائع(١). أما الشافعية فإن تسليم المنقول المثلى عندهم يتم بشيئين أحدهما كيل المكيل ووزن الموزون الثانى النقل والتحويل(٢).

وبناء على رأى الشافعية إذا نقله عن مكيل من غير كيل ولا وزن، صار من ضمانه، لكن لم يتم القبض، فلا يجوز بيعه حتى يكال أو يوزن، وإن اكتاله أو وزنه ولم يحوله لم يتم القبض إلا بحضور وكيله فيه(٣)، وقد استدل الجمهور لقولهم بأن قبض المكيل أو الموزون أو المعدود أو المزوروع بالكيل أو الوزن، أو العد أو الزروع بما رواه البخارى عن أبى هريرة أن رسول الله ﷺ قال "إذا بعت فكل، وإذا ابتعت

---

(١) الشرح الكبير للدردير وحاشية الدسوقى عليه ١٤٥/٣، والشرح الصغير ٧٧/٣.
(٢) الحاوى الكبير للماوردى ٢٧٥/٦ جاء فيه "وإن كان المبيع مكيلاً أو موزوناً قبضه يتم بشيئين أحدهما كيل المكيل ووزن الموزون، الثانى النقل والتحويل، وفى نفس المعنى ينظر نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج ٩٣/٤ الناشر مطبعة مصطفى البابى الحلبى، الأم للشافعى ٧٠/٣ الناشر دار الفكر للطباعة والنشر.
(٣) الحاوى الكبير ٢٧٥/٦ دار الفكر.

فاكتل"(١) كما روى ابن ماجه أن النبى ﷺ "نهى عن بيع الطعام حتى يجرى فيه الصاعان، صاع البائع وصاع المشترى"(٢) كما استدل الشافعية لما ذهبوا إليه من أن التسليم فى المثلى لا يتم إلا بالنقل أو التحويل مع كيل المكيل ووزن الموزون، بما رواه الشيخان عن ابن عمر أنه قال: "كنا نشترى الطعام جزافاً فنهانا رسول الله ﷺ أن نبيعه حتى ننقله من مكانه"(٣) فقد دل هذا الحديث على أنه لا يحصل القبض فيه إلا بنقله كما هو العادة وقيس به غيره.

تسليم المنقول القيمى:

اختلف الفقهاء فى كيفية تسليم المنقول القيمى إلى رأيين:

الرأى الأول: ويرى أن القبض فى المنقول القيمى يكون بالتخليه فإذا وجدت التخليه يخرج عن ضمان البائع ويدخل فى ضمان المشترى ويجوز له بيعه والانتفاع به قبل الزرع والعد بلا خلاف وهذا ما ذهب إليه الحنفية ورواية الحنابلة(٤)

---

(١) رواه البخارى باب الكيل على البائع والمعطى رقم ٥١ جـ٤ ص ٤٠٣ دار الريان للتراث.

(٢) رواه ابن ماجه ٢/٧٥٠ رقم الحديث ٢٢٢٨ ط دار إحياء الكتب العربية، كما رواه الدارقطنى ٣/٨ رقم ٢٥ ط عالم الكتب بيروت.

(٣) فتح البارى بشرح البخارى جـ٤ ص ٤٠٧ رقم ٢١٣١، وصحيح مسلم بشرح النووى ص ١٣٨ جـ٥ رقم ٥٢٧ط دار الفكر.

(٤) بدائع الصنائع للكاسانى جـ٥ ص ٢٤٤ جاء فيه "فإذا كان مما لا مثل له من المزروعات والمعدودات المتفاوته فالتخليه فيها قبض تام بلا خلاف" كما ينظر الكافى لابن قدامة المقدسى ٢/٢١ جاء فيه وعنه أن القبض فى جميع الأشياء بالتخليه مع التمييز لأنه قبض فيما لا ينقل فكان قبضا فى غيره".

الرأى الثانى: يرى أن القبض فى المنقول القيمى يحصل فيما ينقل بنقله فإذا كان المبيع ثياباً فقبضها نقلها، وإن كان حيوانا فقبضه تمشيته من مكانه، وإذا كان المبيع دراهم ودنانير فقبضها باليد أى إن القبض يتم على حسب العرف الجارى بين الناس فى قبضه كحيازة الثوب واستلام مقود الدابة، وقد قال بهذا الرأى جمهور الفقهاء من المالكية[١] والشافعية[٢] والحنابلة[٣]،وقد استدل جمهور الفقهاء لما ذهبوا إليه بما رواه الشيخان عن ابن عمر أنه قال: "كنا نشترى الطعام جزافا فنهانا رسول الله ﷺ أن نبيعه حتى ننقله"[٤]

الرأى الراجح: هو الرأى الثانى لقوة الأدلة التى استدلوا بها حيث استدلوا بالسنة الصحيحة ولا اجتهاد مع النص، ولأن القبض مطلق فى الشرع فيجب الرجوع منه إلى العرف والعرف يقتضى ترجيح الرأى الثانى.

---

(١) جواهر الاكليل شرح مختصر خليل ٢/١ ٥ ط عيسى الباجى الحلبى جاء فيه "وقبض غيره بالعرف بين الناس كحيازة الثوب واستلام مقود الدابة، الذخيرة للقرافى ١٢٠/٥ دار الغرب الإسلامى، مواهب الجيل للحطاب ٤٧٧/٤ دار الفكر.

(٢) الحاوى الكبير للماوردى جاء فيه "فإن كان جزافاً غير مكيل ولا موزون كصبرة من طعام أو كثوب" فقبض ذلك تحويله ونقله المرجع السابق ٢٧٤/٦، ونفس المعنى نهاية المحتاج ٩٥/٤ط مصطفى البابى الحلبى.

(٣) كشاف القناع ٢٨٧/٣ طبعة دار الكتب العلمية بيروت لبنان جاء فيه "ويحصل القبض فى صبره بنقلها وفيما ينقل بنقله، وفيما يتناول بتناوله، كما ينظر الإنصاب للمرداوى ٤٥٩/٤ط دار الكتب العلمية.

(٤) سبق تخرج هذا الحديث.

المطلب الثاني

التسليم الحكمي

مما سبق يتبين لنا أن التسليم قد يكون حقيقياً، وقد يكون حكمياً، ويتحقق التسليم الحقيقي بالتخليه باعتبارها من وسائل التسليم، خاصة عند الأحناف[1] والتخلية هي رفع الموانع والتمكين من القبض، إلا أن التسليم كما يجرى حقيقة يمكن أن يرد حكما، وقد اعتبر البعض أن التخلية من صور التسليم الحكمي[2]، ولكن يشترط لصحة التخلية توافر الشروط الآتية:

١- أن تحصل التخلية بلفظ يدل عليها من البائع كأن يقول البائع للمشترى خليت بينه وبين المبيع.

٢- أن يكون العقار قريباً من المشترى، ويرجع هذا الشرط إلى العقار إذا كان قريباً من المشترى فإن القبض الحقيقي يكون أمراً متصوراً وبالتالي فإن التخلية تقوم مقام القبض، أما إذا كان العقار بعيداً فلا يتصور فيه القبض، وبالتالي فإن التخلية لا تقوم مقامه، جاء في حاشية ابن عابدين "وإن باع داراً غائبه فقال سلمتها إليك فقال قبضتها لم يكن قبضاً وإن كانت قريبة كان قبضا وهي أن تكون بحال يقدر على إغلاقها"[3]

---

(1) مجمع الأشهر شرح ملتقى الأبحر ٢١/٢ دار إحياء التراث العربي.

(2) الشيخ أحمد أبو الفتح مختصر كتاب المعاملات في الشريعة الإسلامية ص ٨٩ مطبعة النهضة.

(3) حاشية ابن عابدين ٧٣/٧.

٣- تمكين المشترى من التصرف فى المبيع بلا مانع بأن يكون مفرزا غير مشغول بحق فقد جاء فى الفتاوى الهندية " إذا باع داراً أو سلمها إلى المشترى وفيها متاع قليل للبائع لا يصح التسليم حتى يسلمها إليه فارغة، وقد نصت المادة ٢٦٣ على ذلك بقولها" تسليم المبيع يحصل بالتخلية وهو أن يأذن للبائع للمشترى بقبض المبيع مع عدم وجود مانع من تسليم المشترى إياه[١]

كذلك من صور التسليم الحكمى حالة كون المبيع تحت يد المشترى قبل القبض ثم يقوم المشترى بشرائه من مالكه، مثل أن يكون مستأجر اللدار المبيعه أو مرتهنا لها.

فهل هناك داع لاجراء تسليم جديد للعين أم أن التسليم الأول يقوم مقام الثانى:

- للإجابة على هذا السؤال نفرق بين ما إذا كانت يد المشترى على الشئ المبيع يد ضمان كيد الغاصب أم كانت يد أمانة كيد المستعير والمودع عنده، فإذا كانت يد المشترى على الشئ المبيع يد ضمان، فإما أن تكون يد ضمان بنفسه وإما أن تكون يد ضمان بغيره، فإن كانت يد ضمان بنفسه فإن المشترى يصير قابضا للمبيع بنفس العقد ولايحتاج إلى تجديد قبض سواء كان، المبيع حاضراً أو غائباً، لأن المغصوب مضمون بنفسه والمبيع بعد القبض مضمون بنفسه فتجانس القبضان فناب أحدهما عن الآخر لأن التجانس يقتضى التشابه، والمتشابهان

(١) الفتاوى الهندية ٣/٧١ الناشر دار المعرفة للطباعة والنشر بيروت لبنان. مجلة الأحكام العدلية الكتاب الأول البيوع دار الكتب العلمية بيروت لبنان.

ينوب كل واحد منهما مناب صاحبه ويسد مسده، سواء كان المبيع حاضراً أو غائباً، أما إذا كانت يد المشترى على الشئ المبيع يد ضمان لغيره، كأن يبيع الراهن المرهون من المرتهن فإنه لا يصير قابضاً إلا أن يكون الرهن حاضراً، أو يذهب إلى حيث الرهن ويتمكن من قبضه، لأن المرهون ليس مضموناً بنفسه بل بغيره وهو الدين، والمبيع مضمون بنفسه فلم يتجانس القبضان فلم يتشابها فلا ينوب أحدهما عن الآخر، وإذا كانت يد المشترى على الشئ المبيع يد أمانة كيد الوديعة والعارية، فإن المشترى لا يعتبر قابضاً للشئ المبيع إلا إذا كان الشئ المبيع حاضراً مجلس العقد، أو يذهب المشترى إلى حيث وجود المبيع حيث يتمكن من قبضه بالتخلى، لأن يد الأمانة ليست من جنس الضمان فلا ينوب أحدهما عن الآخر[1]

(1) بدائع الصنائع للكاسانى ٥/٢٤٨، كتاب المعاملات فى الشريعة الإسلامية والقوانين المصرية للشيخ أحمد أبو الفتح مطبعة النهضة ص ٣١٥.

المبحث الثانى

مضمون تسليم المبيع فى القانون المدنى

تمهيد:

يرتب عقد البيع التزاما فى ذمة البائع بتسليم المبيع، وهذا الالتزام يترتب بمجرد العقد ولو لم ينص عليه، والتسليم من مقتضيات عقد البيع، إذ لا خير فى التزام البائع بنقل ملكية إلى المشترى إذا لم يتضمن هذا النقل تسليم المبيع حتى يتمكن المشترى من حيازته والانتفاع به، كما تنص على ذلك المادة ٢٠٦ من التقنين المدنى، وإذا كان نقل الملكية فى القانون المصرى ليس متوقفاً على حصول التسليم، إلا أن هذا لاينفى ما للتسليم من آثار هامة يمكن إجمالها فيما يلى:

١- لايمكن للمشترى الاستفادة من المبيع وتحقيق المنافع التى قصد إليها من شراءه إلا إذا تسلمه.

٢- يلتزم المشترى إذا تسلم المبيع وكان قابلاً لأن ينتج ثمرات أو إيادات أخرى بفوائد الثمن المتأخر فى ذمته (٤٥٨ فقرة أولى).

٣- إذا كان المبيع منقولاً معيناً بذاته وتصرف فيه البائع لشخصين على التعاقب وتسلمه المشترى الثانى، يفضل هنا المشترى الثانى، رغم أن الملكية انتقلت بالعقد إلى المشترى الأول، لأن قاعدة انتقال الملكية بمجرد التراخى يعطلها فيما يتعلق بالمنقولات قاعده الحيازة فى المنقول بحسن نية للسند الملكية (م٩٧٦)[1].

---

(1) د/ أنور سلطان، جلال العدوى عقد البيع ط دار المعارف ص ٢٥٠ ط ١٩٦٦.

٤- إذا لم يكن التسليم لازماً لنقل الملكية إلا أنه قد يفيد فى نقلها كما هو الأمر بالنسبة إلى الأشياء المعينة بالنوع، لأن الملكية فى هذه الأشياء لا تنتقل إلا بفرز المبيع، وفرز المبيع يتم عادة عند التسليم.[١]

ونعرض أولاً لماهية التسليم، ثم لكيفيته وذلك على النحو التالى:

المطلب الأول

ماهيــة التسـليم

يتوقف تحديد ماهية التزام البائع بالتسليم من ناحية على تعريفه ومن ناحية أخرى على تحديد الحالة التى يجب تسليم المبيع عليها.

تعريف التسليم:

التسليم هو الإجراء الذى يقصد به تمكين المشترى من المبيع بحيث يستطيع أن يباشر عليه سلطاته كمالك دون أن يمنعه من ذلك أى عائق[٢]، وقد عرفته الفقرة الأولى من المادة ٤٣٥ بقولها " يكون التسليم بوضع المبيع تحت تصرف المشترى بحيث يتمكن من حيازته والانتفاع به دون عائق، ولو لم يتسول عليه استيلاء مادياً ما دام البائع قد اعلمه بذلك" ويتضح من هذا النص أن البائع يلتزم بأن يضع المبيع تحت تصرف المشترى بحيث يستطيع حيازته والانتفاع به دون عائق، كما يتضح من النص المذكور أن التزام البائع لا يصل بالضرورة إلى إتمام

---

(١) د/ محمد حسن قاسم الموجز فى عقد البيع ط دار الجامعة الجديدة للنشر ١٩٩٦ ص ٢٣٥.

(٢) د/ محمد حسن قاسم الموجز فى عقد البيع ط دار الجامعة الجديدة للنشر ١٩٩٦ ص ٢٣٥.

نقل الحيازة إلى المشترى وإنما يقف عند مجرد وضع الشئ تحت تصرف المشترى بحيث يكون في مقدوره أن يحوزه بالفعل، كما يلتزم البائع بإعلام المشترى بوضع المبيع تحت تصرفه[1] والمبادئ التي قررتها محكمة النقض تؤكد المعنى السابق، ومن ذلك ما جاء في حكم لها بأن (وضع المبيع تحت تصرف المشترى الأمر الذى يتحقق به التسليم طبقاً لنص المادة ٤٣٥ يشترط فيه أن يكون بحيث يتمكن المشترى من حيازة المبيع والانتفاع به)[2] كما قضت في حكم آخر لها بأنه "متى كان البيع جزافاً فإن الملكية فيه تنتقل إلى المشترى بمجرد تمام العقد طبقاً للمواد ٢٠٤، ٤٢٩، ٩٣٢ من القانون المدنى ولو كان تحديد الثمن موقوفاً على تقدير المبيع، كما يتم تسليم المبيع فيه طبقاً للمادة ٤٣٥ بوضعه تحت تصرف المشترى بحيث يتمكن من حيازته والانتفاع به دون عائق ولو لم يستول عليه استيلاء ماديا ما دام البائع قد اعلمه بذلك[3].

---

(1) د/ مصطفى الجمال عقد البيع ط الفتح للطباعة والنشر في ١٢٥ ص ١٧٣.

(2) نقض ١٩٥٩/٦/٥ طعن ٤٠ س ٢٥ مجموعة المبادئ القانونية التي قررتها محكمة النقض ٤٣٥/٥ للمستشار/أنور طلبة، نقض ١٩٩٥/١/٢٩ طعن رقم ٣١٨٣ س ٦٠ ق ٢٠/١/٩١ طعن ١٧٤٧٠ س ٥٨ ق.

(3) ١٩٦٨/٣/٢٨ س ١٩ ص ٦٢٥.

ويعد الالتزام بالتسليم التزاماً بتحقيق نتيجة بمعنى أن ذمة البائع لاتبرأ من هذا الالتزام، كما أن هذا الالتزام متفرع عن الالتزام بنقل الملكية(١)

تسليم المبيع بنفس الحالة التى كان عليها وقت إبرام البيع:

يلتزم البائع بتسليم المبيع وملحقاته بالحالة التى كان عليها المبيع وقت البيع، وبالقدر المعين فى العقد، فلا يقتصر التزام البائع على تسليم الشئ المبيع فحسب بل هو يشمل أيضاً ملحقاته، وقد نصت على ذلك المادة ٤٣٢ مدنى بقولها" يشمل التسليم ملحقات الشئ المبيع، وكل ما أعد بصفة دائمة لاستعمال هذا الشئ وذلك طبقاً لما تقتضى به طبيعة الأشياء وعرف الجهة وقصد المتعاقدين، فإذا كان المبيع قيمياً فإنه يحدد عن طريق معالمه وأوصافه، ويجب على البائع تسليم ذات الشئ المتفق عليه ولايجوز أن يسلم المشترى شيئاً آخر، فإذا تلف المبيع، أو تغيرت أوصافه، جاز للمشترى مطالبة البائع بتنفيذ التزامه عيناً إذا كان ذلك ممكناً، فإذا تعذر التنفيذ العينى كان للمشترى المطالبة بالفسخ مع التعويض أو بدونه(٢) وإذا كا المبيع معيناً بالنوع وجب على البائع أن يسلم المشترى شيئاً من نفس النوع وبنفس المقدار المتفق عليه، وإذا اتفق

---

(١) د/السنهور الوسيط مجلد أول جزء ٤ ق ٢٩١ ص ٥٥٦ ط دار النشر للجامعات المصرية، د/سليمان مرقس، د/ محمد على إمام عقد البيع ص ٣٠٤، ٣٠٥ الناشر دار النصر للجامعات المصرية.

(٢) د/ محمد على عمران الوجيز فى شرح أحكام عقد البيع الناشر دار النهضة العربية ص ٢١٥، د/عبد الرازق حسن فرج عقد البيع الطبعة الأولى ١٣٩٦ ط ١٩٧٦ ق ١٤٤ ص ١٩٤، ١٩٥.

على درجة لجودة الشئ المبيع وجب تسليم شئ من درجة الجودة المتفق عليها، وإذا لم يتفق على ذلك فتستخلص درجة الجودة من العرف أو من أى ظرف آخر، فإذا لم يتمكن من استخلاص ذلك التزام البائع بتسليم شئ من صنف متوسط (م ١٣٣/١ مدنى) وإذا كان البيع بالعينة وجب أن يكون المبيع مطابقاً لها (م ٤٢٠/١ مدنى) وإذا ادعى المشترى أن ما سلمه البائع غير مطابق للعينة وكانت العينة قائمة لم تهلك أو تتلف، فعلى البائع إثبات أن المبيع مطابق لها، وإذا تلفت العينة أو هلكت فى يد أحد المتعاقدين ولو دون خطأ كان على المتعاقد بائعاً أو مشترياً أن يثبت أن الشئ مطابق للعينة أو غير مطابق لها[1].

المطلب الثانى

كيفية التسليم

تنص المادة ٤٣٥ مدنى على أن:

١- يكون التسليم بوضع المبيع تحت تصرف المشترى بحيث يتمكن من حيازته والانتفاع به دون عائق ولو لم يستول عليه استيلاء مادياً ما دام البائع قد أعلمه بذلك ويحصل هذا التسليم على النحو الذى يتفق مع طبيعة الشئ المبيع.

---

(1) د/محمد على عمران المرجع السابق ص ٢١٥، ٢١٦، د/عبد المنعم البدراوى عقد البيع فى القانون المدنى ط دار الكتاب العربى بمصر ص ٣٨٨، ٣٨٩، د/محمد خميس خضر العقود المدنية الكبيرة الناشر دار النهضة العربية طبيعة أولى ١٩٧٩ ص ١٧١، ١٧٢، د/محمد إبراهيم دسوقى العقود المسماه ط ١٩٩٦ ص ١٣٢.

٢- ويجوز أن يتم التسليم بمجرد تراضى المتعاقدين إذا كان المبيع فى حيازة المشترى قبل البيع، أو كان البائع قد استبقى المبيع فى حيازته بعد البيع بسبب آخر غير الملكية. ويظهر من هذا النص أن هناك طريقتين للتسليم.

الأولى هى التسليم الفعلى، **والثانية** هى التسليم الحكمى.

التسليم الفعلى:

وهذه الطريقة تعتبر القاعدة العامة فى التسليم، وتكون بوضع الشئ المبيع تحت سيطرة المشترى بحيث يمكن حيازته بهدوء والانتفاع به، فالتسليم الفعلى طبقاً لنص المادة ٤٣٥ يفترض أمرين لا يتم إلا بهما.

الأول: وضع المبيع تحت تصرف المشترى بحيث يتمكن من حيازته والانتفاع به دون عائق وهذا ما قررته محكمة النقض[١] ولا يشترط أن تنقل الحيازة فعلا إلى المشترى بحيث يستول على المبيع استيلاء مادياً، لأن التسليم يقتضى اشتراكاً من البائع والمشترى، فكما أن التسليم واجب على البائع فإن التسلم واجب على المشترى[٢] وعلى ذلك يعتبر البائع أنه أبرأ ذمته من التزامه إذا هو وضع المبيع تحت تصرف المشترى حتى ولو لم يتسلمه المشترى بالفعل لتقصير منه أو تأخير من جانبه، ولكى يعتد بوضع المبيع تحت تصرف المشترى يجب ألا يكون هناك عائق يحول دون حيازته والانتفاع به، كوجود شخص ثالث يدعى حقاً على

---

(١) الطعن رقم ٣١٨٣ لسنة ٦٠ ق ١٩٩٥/١١/٢٩، الطعن رقم ١٧٤٧ لسنة ٥٨ق جلسة ١٩٩٥/١/٢٠.

(٢) د/برهام محمد عطا الله عقد البيع، مؤسسة الثقافة الجامعية بالإسكندرية ص ٩٨.

العين ويعارض في تسليمها، أو استمرار البائع في زراعة الأرض أو سكنى العين[1].

الثاني: أن يعلم البائع المشترى بأنه وضع وضع المبيع تحت تصرفه، فلا يكفى أن يكون المشترى قد علم بأن المبيع قد وضع تحت تصرفه، وإنما يشترط أن يكون هذا العلم قد جاء نتيجة إخطار البائع له، وليس لهذا الإخطار شكل خاص فهو يتم بجمع الطرق، ويخضع في إثباته للقواعد العامة، إذا توافر هذا الأمران يكون البائع قد أوفى بالتزامه بالتسليم، ويترتب على هذا التسليم حكمه، وخاصة ما يتعلق بانتقال تبعة الهلاك إلى المشترى سواء تسلم المشترى المبيع وانتقلت إليه حيازته الفعلية أو لم يتسلم بعد.[2]

تطبيقات فى التسليم الفعلى:

هناك تطبيقات في التسليم الفعلى من المناسب بيانها ليتضح لنا كيف يكون وضع المبيع تحت تصرف المشترى على نحو ما سبق، وهذا أمر يختلف باختلاف طبيعة المبيع.

---

(1) د/عبد الرازق السنهورى الوسيط، مرجع سابق ف ٣٠٦ ص ٥٨٩، د/عبد المنعم البدراوى، المرجع السابق فقرة ٢٦٤ ص ٤٠٧، د/ عبد الودود يحيى دوروس في العقود المسماة دار النهضة العربية ص ٩٦، د/سليمان مرقص الوافى فى شرح القانون المدنى فى العقود المسماة المجلد الأول عقد البيع ص ٤٧٨، د/سمير عبد السيد تناغو عقد البيع ص ٢٣٥ الناشر منشأة المعارف بالإسكندرية.

(2) د/السنهورى المرجع السابق ص ٥٨٩، د/عبد المنعم البدراوى المرجع السابق ص ٤٠٧، د/ عبد الودود يحيى المرجع السابق ص ١٦٨، ١٦٩.

أ- فإذا كان المبيع عقارا فإن وضعه تحت تصرف المشترى يكون بتخلى البائع عن حيازتها للمشترى وعدم مباشرة أى حق من الحقوق التى تخولها الملكية للمالك، وعلى ذلك إذا كان المبيع من المبانى فعلى البائع إخلاءه ونقل ما فيه من أمتعة ومنقولات، وإذا كان أرضا زراعية لايكون التخلى عن الحيازة كافياً بل يجب الامتناع عن زراعتها، والكف عن جنى محصولها[1]، وفى بعض الحالات لا يكون التخلى عن الحيازة كافياً لتمام التسليم، بل يلزم أن يسلم البائع المشترى مفاتيح الدار حتى يتمكن من التصرف فيها، أو عقود الإيجار حتى يتمكن المشترى من التعامل مع المستأجرين، أو يلزم تسليم مستندات الملكية التى تثبت وجود الحق إن كان ثمة سندات.

ب- أما إذا كان المبيع منقولاً فإن وضعه تحت تصرف المشترى يكون عادة بمناولته إذا كان خفيف الوزن صغير الحجم، أو بتسليم مفاتيح المنزل أو المخزن أو الصندوق أو أى مكان آخر يوجد فيه المنقول، وقد يتم هذا التسليم الرمزى عن طريق تسليم المستندات التى تمثل البضاعة او تمكن المشترى من حيازتها كسندات الشحن إذا كان المنقول قد سلم إلى أمين النقل وسندات الإيداع إذا كان المنقول مودعاً فى أحد المخازن[2] وإذا كان المبيع غير مادى وتعلق الأمر بحق عينى كحق المرور مثلاً فإنه يوضع تحت تصرف المشترى بتسليم سنده إن كان له سند سابق، أو

([1]) د/ أنور سلطان، د/جلال العدوى عقد البيع ط دار المعارف ص ٢٦٧، د/توفيق حسن فرج عقد البيع الناشر المكتب المصرى الحديث للطباعة والنشر ص ٢٢٣.

([2]) د/السنهورى المرجع السابق ص ٥٩١، ٥٩٢، د/ محمد حسن قاسم المرجع السابق ص ٢٣٧، د/محمد على عمران السابق ص ٢١٤.

بإجازة البائع للمشترى أن يستعمله مع تمكينه من ذلك بإزالة ما قد يحول بنيه وبين المرور، وإذا تعلق الأمر بدين، فلا بد من تسليمه السند المثبت لوجود الحق، وما يثبت نفاذ حوالة الحق في مواجهة المحال عليه.(١)

التسليم الحكمي:

وهو الطريقة الثانية التي يتم بها تسليم المبيع وهذا النوع من التسليم يتم بناء على مجرد إرادة المتعاقدين دون أن يكون له مظهر خارجي بحصوله، وقد عرضت له الفقرة الثانية من المادة ٤٣٥ التي تقتضي بأنه "ويجوز أن يتم التسليم بمجرد تراضي المتعاقدين إذا كان المبيع في حيازته بعد البيع لسبب آخر غير الملكية" وهذا النص ليس إلا تطبيقاً للقاعدة الواردة في باب الحيازة حيث تنص المادة ٩٥٣ على أنه "يجوز أن يتم نقل الحيازة دون تسليم مادى إذا استمر الحائز واضعاً يده لحساب من يخلفه في الحيازة، أو استمر الخلف واضعاً يده ولكن لحساب نفسه" فهذه الطريقة تكون بتغير سند الحيازة دن تغير في الحيازة ذاته(٢) ولها صورتان: الصورة الأولى ان يكون المبيع في حيازة المشترى قبل البيع، بإجارة أو إعارة أو وديعة ثم يقع البيع فيكون المشترى حائزاً فعلاً وقت البيع، ولايحتاج إلى استيلاء مادى جديد ليتم التسليم وإنما يحتاج إلى اتفاق مع البائع على ان يبقى المبيع في حيازته، ولكن لا كمستأجر أو مستعير ومودع عنده بل كمالك له عن طريق الشراء(٣).

---

(١) د/توفيق حسن فرج المرجع السابق ص ٢٢٥، ٢٢٦، د/ محمد حسن قاسم المرجع السابق ص ٢٣٧، ٢٣٨.

(٢) د/ برهام محمد عطا الله المرجع السابق ص ٩٨.

(٣) د/السنهورى المرجع السابق فقرة ٣٠٨ ص ٥٩٣، د/خميس خضر المرجع السابق فقرة ٩٦ ص ١٧٨.

الصورة الثانية وفيها يظل البائع حائزاً للمبيع على سبيل الإيجار أو الوديعة أو العارية فتغير صفة حيازته من حائز لحساب نفسه إلى حائز لحساب المشترى[1] وفى الحالتين يعتبر التسليم قد تم للمشترى بمجرد العقد.

خلاصة ومقارنة:

بالمقارنة بين الفقه الإسلامى والقانون المدنى فى ماهية التسليم وطريقته نلاحظ الآتى:

١- التزام البائع بتسليم المبيع من مقتضيات عقد البيع بل هو أهم التزامات البائع نحو المشترى وهذا محل اتفاق بين الفقه الإسلامى والقانون المدنى.

٢- يتفق الفقه القانونى مع الفقه الإسلامى فى اعتبار الالتزام بالتسليم متفرعاً عن الالتزام بنقل الملكية، لأن الملك ما ثبت لعينه وإنما وسيلة إلى الانتفاع بالمملوك وهذا مما لا يتم إلا بالتسليم.

٣- اتفق الفقهاء المسلمون على ان تسليم العقار يكون بالتخلية بمعنى أن يخلى البائع بين العقار المبيع وبين المشترى بحيث يكون تحت تصرفه ولا يختلف مضمون تسليم العقار فى القانون عما ذهب إليه الفقهاء المسلمون، ذلك أن تسليم العقار فى القانون يكون بوضعه تحت تصرف المشترى بحيث يتمكن من حيازته والانتفاع به دون عائق، ويتحقق ذلك

---

(١) د/محمد على عمران المرجع السابق ص ٢١٥، د/محمد لبيب شنب المرجع السابق ص ١٧٠، د/مصطفى الجمال السابق ص ١٧٥.

بتخلية العقار من قبل البائع، فإذا كان داراً يسكنها البائع وجب عليه أن يخليها وأن يخرج ما له من أثاث وأمتعة فيها.

٤- يتفق القانون المدنى مع الفقه الإسلامى فى كيفية التسليم المنقول فى الجملة ويختلف عنه من حيث التفصيل وبيان ذلك على النحو الآتى:

يفرق الفقه الإسلامى فى تسليم المنقول بين المثلى والقيمى،فإذا كان المنقول مثلياً فإن تسليمه وفقاً لما ذهب إليه جمهور الفقهاء-بالوزن فيما يوزن والكيل فيما يكالن وبالعد فيما يعد، ولكنهم اختلفوا بعد ذلك، فالأحناف يرون أن أصل القبض يحصل بالتخلية، والحنابلة يرون أن قبض كل شئ بحسبه أى بالكيل فيما يكال والوزن فيما يوزن وهم بهذا يقتربون من المذهب الحنفى، أما المالكية فهم يشترطون أن يتسلمه المشترى بيده، أو يقوم البائع بتفريغه له فى أو عيته، ويقترب الشافعية من المالكية حيث يشترطون النقل مع الكيل أو الوزن أو العد، أما الزيدية والإمامية: فهم يرون أن القبض يكون بالتخلية سواء كان المبيع مما لا ينقل العقار او مما ينقل كالثوب، أما إذا كان المنقول قيمياً فهناك فى الفقه الإسلامى رأيان، الأول يرى ان القبض فى المنقول القيمى يكون بالتخلية، والرأى الثانى يرى أن القبض يتم على حسب العرف الجارى بين الناس كحيازة الثوب واستلام مقود الدابة، فإذا انتقلنا إلى مضمون تسليم المنقول فى القانون وجدناه أنه يتفق فى الجملة لا فى التفصيل مع الفقه الإسلامى، حيث يتم هذا التسليم عادة بالمناولة مع البائع إلى المشترى وهذا هو التسليم الفعلى، وقد يتم تسليم المنقول بطريقة رمزية كتسليم مفاتيح المخزن أو الصناديق التى تحتوى على المنقول اللامبيعة، وقد يتم هذا التسليم الرمزى عن طريق تسليم المستندات كسندات الشحن إذا كان المنقول قد سلم إلى أمين النقل.

الفصل الأول

الهلاك الكلى الموجب لتحمل التبعة قبل التسليم

تمهيد وتقسيم:

البيع الذى نوضع تبعة الهلاك فيه هو البيع البات أى اللازم الصحيح وهو البيع فى صورته البسيطة، وتختلف تبعة الهلاك تبعاً لما إذا كان الهلاك كلياً أو جزئياً قبل القبض او بعده كما يختلف الحكم تبعاً لما إذا كان الهلاك بآفة سماوية أو بفعل البائع أو المشترى، أو بفعل أجنبى ونتاول كل ذلك فى كل من الفقه الإسلامى والقانون المدنى. وقبل أن نتحدث عن ذلك يجدر بنا أن نوضح المقصود بتحمل التبعة فى البيع ثم نبين من الذى يتحمل تبعة هلاك المبيع.

أولاً: المقصود بتحمل التبعة فى هلاك المبيع:

من المبادئ المعروفة والمستقرة فى الضمير الإنسانى أنه لا التزام بمستحيل وبناء على ذلك إذا كان هناك التزامان متقابلان واستحال تنفيذ احدهما بقوة قاهرة، ترتب على هذه الاستحالة انقضاء هذا الالتزام ولكن ما مصير الالتزام المقابل .. ؟ أينقضى كالأول ؟ أم يبقى قائماً ؟ وهذا هو المقصود بتحمل التبعة فى هلاك المبيع، فإذا أجبنا على هذا التساؤل بالإيجاب كان معنى ذلك أن المدين هو الذى يتحمل التبعة، وإذا كانت الإجابة بالنفى كان معنى ذلك أن الدائن هو الذى يتحمل التبعة[1]، ومما سبق يتبين لنا أن مسألة تحمل التبعة تتحدد بأربعة عناصر:

---

(1) راجع فى ذلك د/محمد زكى عبد البر نظرية تحمل التبعة فى الفقه الإسلامى، رسالة، جامعة فؤاد الأول ١٩٥٠م ص ٩.

١- أن يكون هناك التزامان متقابلان بحيث يكون احدهما مستحيلاً والآخر ممكناً، وبالتالى يرد السؤال السابق هلى ينقضى الالتزام الآخر أم لا ؟، ففى عقد البيع مثلاً إذا هلك المبيع بقوة قاهرة قبل التنفيذ أصبح البائع لالتزامه مستحيلاً، وبالتالى فإن التزامه بالتسليم ينقضى، وتبرأ ذمته تجاه المشترى، وإذا قلنا ببراءة ذمة المشترى بدفع الثمن فإن المدين هو الذى يتحمل تبعة الهلاك، وإذا قلنا بعدم براءته فعليه تقع تبعة الهلاك، وبناء على ما تقدم فإن العقد إذا كان ملزماً لجانب واحد كالعارية والوديعة فإن مثل هذا التساؤل عمن يتحمل تبعة الهلاك يكون لا محل له.

٢-أن يصبح تنفيذ الالتزام بعد نشوئه مستحيلاً حتى يترتب على هذه الاستحالة براءة ذمة المدين من التنفيذ، وتتحقق استحالة تنفيذ الالتزام بعد نشوئه فى جميع أنواع الالتزامات، أى سواء كان بإعطاء شئ أو بعمل او بامتناع عن عمل، أما إذا كان تنفيذ الالتزام مستحيلاً منذ البداية فلا يكون هناك محل لإثارة مسالة تحمل التبعة، لأن محل هذا الالتزام منعدم وبالتالى فهو لا ينشأ أصلاً منذ البداية.

٣- يجب أن تكون استحالة التنفيذ راجعة إلى سبب أجنبى لا يد لأحد المتعاقدين فيه، حتى يكون هناك محل للتساؤل السابق، أما إذا كانت الاستحالة راجعة إلى خطأ المدين كما إذا أتلف المبيع قبل تسليمه للمشترى فإن التزامه لاينقضى، ولكن محله يتحول من التنفيذ العينى إلى التعويض، وإذا كانت الاستحالة ترجع إلى خطأ الدائن فإن التزامه يظل باقياً ويجب عليه الوفاء به ويبرأ المدين من التزامه.

٤- يجب أخيرا أن يبقى تنفيذ الالتزام المقابل ممكناً، لأنه إن استحال تنفيذه فإنه ينقضى كانقضاء الالتزام الأول، ومن ثم لا يكون هناك محل لأن يقال من الذى يتحمل التبعة.

وبناء على ما سبق اتضح لنا أن المقصود بتحمل التبعة في البيع هو تحديد من يتحمل تبعة الهلاك من المتعاقدين هل هو البائع أم المشترى، وهذا هو محور بحثنا.

ثانياً: من الذى يتحمل تبعة هلاك المبيع:

من القواعد المستقرة فى الفقه الإسلامى أن المشترى تثبت له ملكية المبيع بمجرد انعقاد العقد، فإذا انعقد العقد وكان صحيحاً لازماً نافذاً فمن من المتبايعين يتحمل تبعة الهلاك، هل هو البائع أم المشترى، أم غيرهما .. ؟ والإجابة على هذا التساؤل تقتضى أن نفرق بين ما إذا كان الهلاك كلياً أم جزئياً وهل حدث الهلاك قبل التسليم أم بعده، كما أن الحكم يختلف تبعاً لما إذا كان الهلاك قد حدث بآفة سماوية أو بفعل البائع أو بفعل المشترى أو بفعل أجنبى.

بعد هذا التمهيد فإننا نقسم هذا الفصل إلى ثلاثة مباحث. المبحث الأول "الهلاك الكلى للمبيع قبل التسليم فى الفقه الإسلامى" والمبحث الثانى "الهلاك الكلى قبل التسليم فى القانون المدنى" والمبحث الثالث "الهلاك الكلى بعد التسليم فى الفقه الإسلامى والقانون المدنى".

المبحث الأول

الهلاك الكلى للمبيع قبل التسليم فى الفقه الإسلامى

تمهيد:

قد يحدث الهلاك الكلى للمبيع بآفة سماوية، أو بفعل المشترى، أو بفعل أجنبى ويختلف الحكم باختلاف كل حالة من هذه الحالات، ويمكن توضيح ذلك على النحو الآتى:

أولاً: الهلاك الكلى قبل التسليم بآفة سماوية:

إذا كان الهلاك الذى لحق المبيع قبل القبض هلاكا كلياً، ويرجع إلى آفة سماوية فقد اختلف الفقهاء إلى ثلاثة آراء.

الرأى الأول: يرى أن هلاك المبيع قبل القبض بآفة سماوية يوجب انفساخ البيع ويسقط الثمن عن المشترى إن لم يكن قد دفعه، وله استرداده إن كان قد دفعه وقد قال بهذا الرأىالحنفية[1] والشافعية[2] فى أحد القولين عندهم وقد قال بهذا الرأى أيضاً الأباضية[3] فى أحد القولين عندهم، وكذا الزيدية[4] وقد استدل هذا الرأى على ما ذهب إليه بالأدلة الآتية:

---

(1) البحر الرائق٦/١٥دار المعرفة للطباعة والنشر جاء فيه "إذا هلك المبيع فى البيع الذى لا خيار فيه أو بخيار فإذا كان فى يد البائع بآفة سماوية أو باستهلاك البائع أو كان حيوان فقتل نفسه يبطل البيع لأنه مضمون بالثمن فيسقط الثمن" شرح المادة ٢٩٣ن المبسوط للسرخسي جـ١٣٩.

(2) الجمل على شرح المنهج ط دار إحياء التراث العربى ١٥٨/٣ جاء فيه "فإن تلف بآفة أو أتلفه بائع انفسخ البيع لتعذر قبضه".

(3) شرح كتاب النيل وشفاء العليل ١٤/٨ مكتبة الإرشاد جدة.

(4) البحر الزخار ٣٦٨/٣ ط دار الحكمة اليمانية، عيون الأزهار ص ٢٧٤ ط دار الكتاب اللبنانى.

١- ما روى عن النبى ﷺ أنه قال لا يحل سلف وبيع، ولا شرطان فى بيع، ولاربح ما لم يضمن[١]، والمراد به ربح ما بيع قبل القبض، والمبيع قبل قبض المشترى له هو فى ضمان البائع[٢]

٢- لا يجوز أن يتوالى على الشئ الواحد ضمانان، ذلك أن البيع مضمون الثمن فيسقط بالثمن، فلا يكون مضموناً بالقيمة[٣]

٣-لو بقى البيع ولم يفسخ أوجب مطالبة المشترى بالثمن، وإذا طالبه بالثمن فهو يطالبه بالتسليم، والبائع عاجز عن التسليم فتمتنع المطالبة أصلاً، فم يكن فى بقاء المبيع فائدة فينفسخ.

الرأى الثانى: يفرق بين ما إذا كان المبيع مكيلاً أو موزوناً أو معدوداً أم لا:

فإذا تلف المبيع بآفة سماوية وكان مكيلاً أو موزوناً أو معدوداً يفسخ العقد ولا يلزم البائع الإتيان بمثله وهذا يعنى أن ضمانه على المشترى، وأما ما ليس فيه حق توفية أى ليس مكيلاً أو موزوناً أو معدودا فضمانه عند هلاكه من المشترى وقد قال بهذا الرأى فقهاء المالكية[٤] والحنابلة[٥] وهم بهذا يجعلون تبعة المخاطر فى البيع الصحيح اللازم على عاتق المشترى بحسب الأصل وذلك بمجرد العقد[٦].

---

(١) أخرجه الترمذى ٥٣٥/٣ رقم الحديث ١٢٣٤ المكتبة الثقافية بيروت لبنان.

(٢) الموسوعة الفقهية ٢٧١/١٣ وزارة الأوقاف والشئون الإسلامية.

(٣) البحر الرائق شرح كنز الدقائق ١٥/٦ دار المعرفة للطباعة والنشر.

(٤) قوانين الأحكام الشرعية لابن جزى الناشر عالم الفكر ص ٢٦٠ جاء فيه "وأما فى المذهب فإن الضمان ينقل إلى المشترى بنفس العقد فى كل بيع إلا فى خمسة مواضع. الرابع ما فيه حق توفيه من كيل أو وزن أو عد، كما ينظر الشرح الصغير ٨٩/٣.

(٥) الروض المربع فى فقه الإمام أحمد ٢٠٠/١ المكتبة الثقافة بيروت لبنان جاء فيه وإن تلف المبيع المذكور بآفة سماوية بطل المبيع.

(٦) د/مصطفى سيد أحمد صقر نظرية تحمل تبعة المخاطر فى البيع ط ١٩٩٥ ص ٨٢.

الرأى الثالث: يرى أن كل بيع صح وتم فهلك المبيع أثر تمام البيع بآفة سماوية وجب الضمان على المشترى بحيث يسئل عن الثمن ويدفعه إلى البائع فى حالة عدم دفعه، وقد قال بهذا الرأى فقهاء الظاهرية وقد استندوا فى ذلك إلى أن مجرد انعقاد البيع صحيحاً يترتب عليه أن يكون البيع من ضمان المشترى، ومن ناحية أخرى فهم يرون أن الفقهاء اللذين ربطوا الهلاك بالتسليم لاسند لهم أصلاً لا من كتاب ولا من سنة[١]

الرأى الراجح:

وبعد عرضنا للآراء الثلاثة لايسعنا إلا أن نرجح الرأى الأول القائل بأن هلاك المبيع قبل القبض بآفة سماوية يترتب عليه فسخ العقد، وسبب الترجيح هو أن عقد البيع يفقد فائدته بهلاك المبيع لاستحالة تنفيذ الالتزامات الناشئة عنه، فالبائع وقد أصبح عاجزاً عن تسليم المبيع لايمكنه مطالبة المشترى بالثمن، إذ لو حدث ذلك فإن المشترى سيطالبه بتسليم المبيع الذى هلك، وبذلك ينفسخ المبيع، ويعود الطرفان إلى الحالة التى كانا عليها قبل العقد، فينقضى التزام البائع بالتسليم ويسقط الثمن عن المشترى ولذا جاء فى أسنى المطالب شروح روض الطالب فإن تلف بآفة سماوية انفسخ البيع ويسقط الثمن لتعذر القبض المستحق.[٢]

(١) المحلى لابن حزم ٣٤٣/٩ الناشر مكتبة الجمهورية العربية.

(٢) أسنى المطالب شرح روض الطالب ٨٧/٢ دار الكتاب الإسلامى د/مصطفى سيد أحمد صقر المرجع السابق ص ٧١.

ثانياً: الهلاك الكلى قبل القبض بفعل البائع:

إذا هلك المبيع كله قبل القبض، وكان الهلاك بفعل البائع ففى المسألة ثلاثة أراء:

الرأى الأول: أن التلف بفعل البائع قبل القبض حكمه كالتلف بآفة سماوية عند الحنفية[1] والشافعية[2] فى الرأى الراجح عندهم، ويعنى هذا أن العقد ينفسخ ويسقط الثمن.

وقد استندوا فى رأيهم إلى ما يأتى:

١-أن تلف المبيع بفعل البائع يشبه تلفه بفعل الله تعالى (بآفة سماوية).[3]

٢- أن المبيع فى يد البائع مضمون باحد الضمانين وهو الثمن، ألا ترى لو هلك فى يده سقط الثمن عن المشترى، فلا يكون مضموناً بضمان آخر، إذا المحل الواحد لايقبل الضمانين بخلاف الرهن[4]

الرأى الثانى: أن المشترى مخير بين الفسخ وأخذ الثمن الذى دفعه، إن كان، وبين إمضاء البيع، ويطالب المشترى متلفه (البائع) بمثله إن كان

---

(١) حاشية ابن عابدين ٧/٧٨ جاء فيها (إن كان بآفة سماوية، أو بفعل البائع أو بفعل المبيع يبطل البيع، بدائع الصنائع للكاسانى ٥/٢٣٩.

(٢) مغنى المحتاج ٢/٦٧ الناشر مصطفى الحلبى جاء فيه (والمذهب أن إتلاف البائع كتلفه بآفة سماوية فينفسخ البيع ويسقط الثمن عن المشترى، كما ينظر المهذب للشيرازى ٢/٧٠.

(٣) المغنى لابن قدامة ٤/٣٣٣.

(٤) بدائع الصنائع للكاسانى ٥/٢٣٨.

مثلياً وإلا فبقيمته، وقد قال بهذا الرأى الحنابلة[1] والشافعية[2] فى رأى مرجوح.

واستندوا فى رأيهم إلى أن الإتلاف كالعيب وقد حصل فى موضع يلزم البائع ضمانه، فكان للمشترى الخيار كالعيب فى المبيع[3]

الرأى الثالث: يرى أن إتلاف البائع للمبيع يوجب الغرم للمشترى أى غرم قمية المقوم ومثلى المثلى، ولاسبيل للفسخ بأخذ جميع الثمن، وقد قال بهذا الرأى فقهاء المالكية، فقد جاء فى الشرح الصغير (وإتلاف البائع والأجنبى يوجب الغرم)[4]

الرأى الراجح:

هو الرأى القائل بأن المشترى مخير بين الفسخ والإمضاء لأن المشترى قام بالتزامه ولم يقصر فيه، فلو قلنا بالفسخ لكان فى هذا إلحاق ضرر به بلا ذنب ارتكبه، ومن جهة أخرى فإننا لو أخذنا بالرأى الأول القائل بفسخ العقد فليست هناك فائدة تعود على المشترى، بل قد يلحقه

---

(1) كتاب الفروع ٤/١٣٧ ط: عالم الكتب جاء فيه (وإن أتلفه بائعه أو غيره فللمشترى الفسخ وأخذ ثمنه، وله الإمضاء ومطالبة المتلف ببدله، كما ينظر المغنى لابن قدامة ٤/٤٤١)

(2) المهذب للشيراوى ٢/٧٠ ط: دار الكتب العلمية بيروت جاء فيه (فإن أتلفه البائع.. قال أبو العباس فيه قولاً كالأجنبى، كما ينظر روضة الطالبين ٣/٢١٠ ، ٢١١ ط: دار الفكر.

(3) الموسوعة الفقهة للكويت ١٣/٢٧٢.

(4) الشرح الصغير للدردير ٣/٨٠، والتاج والإكليل بهامش مواهب الجليل ٤/٤٨١.

ضرر، لأن الأسعار قد ترتفع، وقد لايكون فى مقدور المشترى الحصول على مثل المبيع المتلف بمثل الثمن.

وأخيراً فإن القول بالفسخ يعنى ترك البائع المتلف دون جزاء، وأن يتحمل المشترى تبعة جنايته وهذا مخالف لقول الله تعالى:"**ولا تزرو وازرة وزر أخرى**"[١]

ثالثاً: الهلاك الكلى قبل القبض بفعل المشترى:

إذا هلك المبيع كله قبل القبض بفعل المشترى، فلا ينفسخ البيع ويلتزم المشترى بالثمن وكان كالقبض، وقد قال بهذا الرأى فقهاء الحنفية[٢] والمالكية[٣] وقال بهذا الرأى الشافعية إن علم أنه المبيع[٤]. والحنابلة[٥].

وقد استدل جمهور الفقهاء لما ذهبوا إليه بعدم إنفساخ البيع فى حالة كون الهلاك بفعل المشترى لأن المشترى بالإتلاف صار قابضاً كل المبيع لأنه لا يمكنه إتلافه إلا بعد إثبات يده عليه وهو معنى القبض فيتقرر الثمن عليه[٦].

---

(١) سورة الأنعام الآية ١٦٤، وسورة الإسراء آية رقم ١٥.

(٢) بدائع الصنائع للكاسانى ٢٣٨/٥ جاء فيه ط وإن هلك بفعل المشترى لا يفسخ البيع وعليه الثمن لأنه بالإتلاف صار قابضاً كل البيع.

(٣) الدسوقى على الشرح الكبير ١٥٠/٣" إتلاف المشترى وقت ضمان البائع قبض لما أتلفه مقوماً أو مثلياً فيلزمه، كما ينظر الشرح الصغير للدردير ٨٠/٣.

(٤) روضة الطالبين ٢١٠/٣ جاء فيه "أن يتلفه المشترى فهو قبض منه على الصحيح هذا عند العلم

(٥) المغنى لابن قدامة ٤٤١/٤ جاء فيه " وإن تلف بفعل المشترى استقر الثمن عليه.

(٦) بدائع الصنائع للكاسانى ٢٣٨/٥.

رابعاً: الهلاك الكلى قبل القبض بفعل الأجنبى:

إذا كان الهلاك كلياً بفعل الأجنبى وكان ذلك قبل القبض فإن على الأجنبى ضمانه بلا خلاف بين الفقهاء سواء كان الإتلاف عمداً أم خطأ عند من يفرق بينهما من الفقهاء-لأنه أتلف مالا مملوكا لغيره بغير إذنه ولايد له عليه فيكون مضموناً عليه بالمثل أو القيمة[1] ثم اختلفوا بعد ذلك على النحو الآتى:

الرأى الأول: أن العقد لايبطل، والمشترى بالخيار إن شاء فسخ البيع فيعود المبيع إلى المالك البائع، ويتبع البائع الجانى فيضمنه مثله إن كان من ذوات الأمثال، وقيمته، وقيمته إن لم يكن من ذوات الأمثال، وإن شاء اختار البيع فاتبع الجانى بالضمان وأتبعه بالبائع بالثمن، وقد قال بهذا الرأى الحنفية[2] والحنابلة[3] غذا كان المبيع مكيلاً أو موزوناً، وهو الأظهر عند الشافعية[4] ومما استدل به أصحاب هذا الرأى، أن المبيع هلك إلى بدل فيقوم هذا البدل مقام المبيع، ومن ناحية أخرى فإن المبيع قد تعين

---

(1) الموسوعة الفقهية للكويت ٢٧٣/١٣.

(2) بدائع الصنائع للكاسانى ٢٣/٥، ٢٣٩، جاء فيه "وإن هلك بفعل أجنبى فعليه ضمانه لاشك فيه. لأنه أتلف مالا مملوكاً لغير إذنه ولا يد له عليه فيكون مضموناً بالمثل أو القيمة.

(3) الكافى فى فقه الإمام أحمد ٢١/٢ الناشر فيصل عيسى البابى الحلبى جاء فيه وإن أتلفه أجنبى لم ينفسخ العقد ويخير المشترى بين الفسخ والرجوع على البائع بالثمن .. وبين إتمام العقد والرجوع ببدله.

(4) أسنى المطالب ٧٩/٢ جاء فيه "ولاينفسخ البيع بإتلاف الأجنبى .. بل يتخير المشترى بين الفسخ والرجوع عليه بالقيمة أو المثل .. وإذا اختار الفسخ رجع البائع على الأجنبى بالبدل".

في ضمان البائع لأنه كان عيناً فصار قيمة، وتعين المبيع في ضمان البائع يوجب للمشترى[1].

الرأى الثانى: أن البيع لا ينفسخ، ولكن ليس للمشترى الخيار بل يجب على الأجنبى أن يغرم مثل المبيع للمتلف إن كان مثلياً. وقيمته إن لم يكن مثلياً لمن هو فى ضمانه من بائع أو مشتر وبهذا الرأى قال فقهاء المالكية[2].

وفد استدل أصحاب هذا الرأى بأن العلاقة بين البائع والمبيع قد انقطعت لدخوله فى ملك المشترى بالعقد الصحيح.

الرأى الثالث: أن البيع ينفسخ بهلاك المبيع بفعل الأجنبى وبهذا قال الشافعية[3] في مقابل الأظهر عندهم، وقد استندوا فى رايهم على ما يأتى:

١- القياس على الهلاك بآفة سماوية قبل القبض، وقد تعرض هذا الدليل للنقد لأن الهلاك بآفة إلى غير بدل، بخلاف الهلاك بفعل أجنبى.

٢- تعذر التسليم المستحق بالعقد وبالتالى ينفسخ، وقد نوقش هذا الدليل بأن ضمان المثل أو القيمة يقوم مقام العين التى هلكت وبالتالى فلا داعى للإنفساخ[4].

---

(١) بدائع الصنائع للكاسانى ٢٣٩/٥.

(٢) الدسوقى على الشرح الكبير ١٥٠/٣ جاء فيه " والحاصل أن إتلاف الأجنبى يوجب غرم قيمة المقوم وغرم مثلى لمن كان الضمان منه بائعاً أو مشترياً".

(٣) المهذب ٧٠/٢ جاء فيه " وإن إتلفه أجنبى ففيه قولان أحدهما أنه ينفسخ البيع لأنه فات التسليم المستحق بالعقد فانفسخ المبيع كما لو تلف بآفة سماوية، العزيز شرح الوجيز المعروف بالشرح الكبير ٢٨٨/٤ /٢٨٩ الناشر دار الكتب العلمية بيروت لبنان.

(٤) د/محمود سلامة (هلاك المعقود عليه) فى رسالته لدكتوراه ص ٢٨٨.

الرأى الراجح:

بعد عرضنا للآراء الثلاثة، لا يسعنا إلا أن نرجح الرأى الأول القائل بعدم بطلان البيع، وتخيير المشترى بين الفسخ والإمضاء ويرجع ذلك إلى قوة الأدلة التى استند إليها، ولأنه يحقق العدالة ويرفع الظلم بين طرفى العقد، فالمشترى له الحرية بين إجازة البيع أو فسخه والبائع يصله حقه على أى حال، فإن أجاز المشترى البيع أخذ البائع الثمن منه، وإن لم يجز المشترى البيع بل اختار الفسخ، فإن البائع يتبع الجانى.

المبحث الثانى

الهلاك الكلى قبل التسليم فى القانون المدنى

القاعدة فى تحمل التبعة وتطبيقها على عقد البيع:

قد يهلك المبيع المعين بالذات فى الفترة بين تمام العقد بفعل القوة القاهرة او بفعل أجنبى عن العاقدين، فتثار مسألة تبعة الهلاك، وتحديد الطرف الذى عليه أن يتحملها والأصل أنه فى العقود الملزمة للجانبين إذا انقضى التزام بسبب استحالة تنفيذه انقضت معه الالتزام المقابلة له، وانفسخ العقد من تلقاء نفسه (م ١٥٩) أى أن القاعدة فى العقود الملزمة للجانبين أن المدين هو الذى يتحمل تبعة الهلاك، لأن للدائن أن يتمسك بانفساخ العقد فيتحلل من التزامه بدفع المقابل(١) ولقد طبق التقنين المدنى القاعدة العامة فى تحمل التبعة على عقد البيع، وبالتالى يترتب على هلاك المبيع هلاكاً كلياً أن ينقضى التزام البائع بتسليمه، ويقتضى معه الالتزام

---

(١) د/ أنور سلطان، د/جلال العدوى المرجع السابق ص ٢٨٣ ف ٣٥٤.

المقابل له وهو التزام المشترى بدفع الثمن، وبذلك تكون تبعة الهلاك مرتبطة بانتقال الحيازة لا بانتقال الملكية[1].

الهلاك الذى يثير تحمل التبعة:

إن مسألة تحمل تبعة هلاك المبيع، أة تحديد أى الطرفين ن البائع أو المشترى يتحمل تبعة هلاك المبيع قبل تسليمه، لا تثار إلا حيث يكون المبيع شيئاً معيناً بالذات عند التعاقد، ذلك ان الهلاك بالمعنى القانونى لا يلحق إلا المبيع المعين بذاته، فهو وحده الذى يظهر فيه أثر الهلاك، باعتباره سببا لاستحالة التنفيذ، أما إذا كان محل المبيع شيئاً معيناً بالنوع فقط، فلا يرد موضوع تبعة الهلاك بالنسبة له، ذلك أن هلاكه لا يعنى استحالة تنفيذ الالتزامات بتسلمه حيث يستطيع البائع أن يحصل على مثل الهالك، من الأسواق ويقوم بتسليمه إلى المشترى، ولهذا قيل إن المثليات لا تهلك[2] أما إذا تحددت المثليات بالإفراز أصبح المبيع معيناً بالذات، وثارت بالنسبة له مسألة تبعة الهلاك، كذلك إذا بيع مثلى جزافاً وهلك، ثارت بالنسبة مسألة تبعة الهلاك لأن المبيع جزافاً محدد بذاته ويلاحظ من ناحية أخرى أن الهلاك وقع بسب أجنبى كقوة قاهرة، أما إذا هلك المبيع بفعل البائع فسخ البيع واسترد المشترى الثمن، واستحق فوق ذلك تعويضاً، وإذا هلك بفعل المشترى فلا يفسخ البيع، بل يلتزم المشترى بأداء الثمن[3].

---

(1) د/ خميس خضر المرجع السابق ص ١٩٠، د/انور سلطان، د/ جلال العدوى المرجع السابق ص ٢٨٣.

(2) د/عبد المنعم البدراوين عقد البيع فى القانون المدنى فقرة ٢٧٦ ص ٤٢٥ مطابع دار الكتاب العربى.

(3) د/ البدراوى المرجع السابق ص ٤٢٥، د/جميل الشرقاوى شرح العقود المدنية ص ٢٢١، ٢٢٢ دار النهضة العربية، د/محمد إبراهيم بنداوى الالتزام بالتسليم فى عقد البيع رسالة دكتوراه كلية الحقوق جامعة القاهرة ص ٤١٤، ٤١٥.

ومما سبق يتبين أن مسألة تحمل التبعة لاتثور إلا إذا توافر أمران:

أولهما أن يكون المبيع معيناً بذاته حتى يتحقق بالنسبة له المعنى القانونى للهلاك.

والثانى أن يكون هذا الهلاك نتيجة لقوة قاهرة.

ارتباط تبعة الهلاك بالتسليم فى القانون المصرى وبانتقال الملكية فى القانون الفرنسى:

يسيطر على موضوع تبعة هلاك المبيع مبدأ عام أصيل مؤداه أن هلاك الشئ على مالكه باعتبار أن المالك هو الذى يغنم من ملكه، فيجب أن يتحمل تبعة هلاكه إذ الغرم بالغنم، ويكمل المبدأ، مبدأ آخر يتعلق بالعقود الملزمة للجانبين مؤداه أن تبعة استحالة تنفيذ أحد الالتزامات المتقابلة، تقع على عائق المدين، ولا يثار تطبيق هذين المبدأين فى عقود المعاوضة غير الناقلة للملكية كالإيجار والوديعة، فالمالك فى هذه العقود هو الذى يتحمل تبعة هلاك الشئ، فإذا هلكت العين المؤجرة قبل أن يردها المستأجر للمؤجر، فإنها تهلك على المؤجر باعتباره المالك، ولكن يتعارض تطبيق المبدأين المذكورين معا إذا كا العقد ناقلاً للملكية باعتباره من عقود المعارضة كعقد البيع، إذ مقتضى مبدأ هلاك الشئ على مالكه ان يتحمل المشترى تبعة الهلاك فيبقى ملزماًبدفع الثمن ومقتضى مبدأ تحمل المدين تبعة استحالة التنفيذ فى العقود الملزمة للجانبين أن البائع هو الذى يتحمل تبعة الهلاك[1] فالمشروع المصرى استبعد قاعدة هلاك الشئ

(1) د/محمد لبيب شنب شرح أحكام عقد البيع الناشر دار النهضة العربية ص ١٨٣، ١٨٤.

على مالكه ورجح عليها القاعدة التى تلقى بتبعة استحالة تنفيذ الالتزام فى العقود الملزمة للجانبين على عاتق المدين بهذا الالتزام، ففى التقنين المدنى القديم نص المشروع الوضعى فى المادة ٢٩٧ على أنه إذا هلك المبيع قبل التسليم ولو بدون تقصير من البائع أو اهماله وجب فسخ البيع ورد الثمن إن كان قد دفع وهكذا فرق المشرع الوضعى بين انتقال الملكية وضمان المبيع، فقرر أن المبيع تنتقل ملكيته بمجرد التعاقد ولكن يبقى فى ضمان البائع إلى حين التسليم، وقد استبقى القانون الجديد أحكام التقنين السابق فجعل تبعة هلاك المبيع قبل التسليم على البائع خلافاً للتقنينات اللاتينية وأخذاً بأحكام الشريعة الإسلامية، وتطبيقاً لقواعد الفسخ للعقود الملزمة للجانبين[1] ولذا نصت المادة ٤٣٧ مدنى على أنه إذا هلك المبيع قبل التسليم لسبب لا يد للبائع فيه، انفسخ البيع واسترد المشترى الثمن، إلا إذا كان الهلاك بعد اعذار المشترى لتسلم المبيع، وبذلك يكون المشروع قد ربط بين تبعة الهلاك والتسليم فإذا هلك المبيع قبل التسليم فإن تبعة هلاكه تكون على البائع. وترتبط تبعة الهلاك بالتسليم ولو كانت الملكية قد انتقلت فعلاً إلى المشترى بسبب البيع، وينبغى أن نفرق فى هذا الصدد بين تبعة الشئ وتبعة العقد، فتبعة الشئ هى الخسارة التى تتمثل فى ضياع قيمة الشئ بسبب هلاكه، والقاعدة أن تبعة الشئ تقع على مالكه، أما تبعة العقد وتبعة الشئ فهى الخسارة التى تتمثل فى انقضاء الالتزام لاستحالة

---

(1) د/ عبد المنعم البدراوى المرجع السابق ص ٤٢٨، ٤٢٩، د/محمد كامل مرسى العقود المسماة المطبعة العالمية ٢٦٩/٦، ٢٧٠، مجموعة الأعمال التحضيرية مطابع مدكور بالقاهرة ٧٥/٤، د/محمد المنجى عقد البيع الإبتدائى دار منشأة المعارف سنة ١٩٨٣ ص ١٥٩.

تنفيذه[1] وهى تقع على عاتق المدين الذى استحال تنفيذ التزامه بسبب أجنبى لا دخل إرادته فيه، وقد لا تختلط التبعتان تبعة العقد وتبعة الشئ ويتحملها شخص واحد، فإذا هلكت العين المؤجرة قبل انقضاء مدة الإيجار فإن المؤجر هو الذى يتحمل خسارة العين بصفته مالكاً، فيكون قد تحمل تبعة الشئ، كما أنه يتحمل بالاضافة إلى ذلك تبعة العقد بوصفه مديناً بالالتزام الذى استحال تنفيذه وهو الالتزام بالتسليم فلا يكون له حق مطالبة المستأجر بالأجرة عن المدة الباقية، وقد تختلط التبعتان بحيث يتحمل تبعة هلاك الشئ شخص، ويتحمل تبعة هلاك العقد شخص آخر، ويتحقق ذلك على سبيل المثال فى عقد البيع فإذا طبقنا تبعة العقد فإن تبعة هلاك الشئ تقع على البائع باعتباره المدين بالالتزام الذى استحال تنفيذه، وإذا طبقنا تبعة الشئ فإن الهلاك يكون على المشترى باعتباره مالكاً[2]، ولقد ربط المشرع المصرى بين تحمل التبعة وبين التسليم كما قدمنا، أما المشروع الفرنسى فإنه غلب مبدأ هلاك الشئ على مالكه وطبقه على عقد البيع، حيث جعل هلاك المبيع على المشترى بمجرد انتقال الملكية، وهو ما يتم بحسب الأصل بمجرد انتقال الملكية، ولذا نص القانون الفرنسى فى المادة ١١٣٨ بأن الإلتزام بإعطاء يتم بمجرد تراضى المتعاقدين، وهو يجعل الدائن مالكاً حتى ولو لم يحصل التسليم[3] فالقانون الفرنسى يجعل

---

(1) د/محمد على عمران الوجيز فىعقد البيع الناشر دار النهضة ص ٢٢٨ فقرة ١٠٣.

(2) محمد إبراهيم بندارى فى رسالته للدكتوراه ص ٤١٩ وما بعدها.

(3) د/السنهورى فى الوسيط ٦٠٩/٤ هامش رقم ١، د/عبد الحى حجازى مجلة القانون والإقتصاد يناير، فبراير، مارس ١٩٤٥ مقال بعنوان ضمان الهلاك فى القانون المدنى المصرى ص ٤٨٩.

الإلتزام الرئيسي للبائع هو إلتزام بنقل الملكية إلى المشترى، أما الالتزام بالتسليم فهو التزام ثانوى لا يستوجب فسخ العقد لعدم تنفيذه ما دام الالتزام الاصلى قد نفذ فأصبح المشترى مالكاً للمبيع، وهذا يعني خروج القانون الفرنسي على القاعدة العامة في العقود التبادلية وهي ضمان العقد، حيث قضى بأن يكون الهلاك على المشترى من وقت العقد أخذا في ذلك بقاعدة ضمان الشئ إذ القاعدة في باب الملكية أن الشئ يكون في ضمان مالكه، فلا يتحمل بهلاكه شخص آخر وبناء على ما تقدم فإن المبيع يكون في ضمان المشترى بمجرد تمام العقد. ومقتضى ذلك أنه إذا هلك في الفترة بين العقد والتسليم سقط عن البائع إلتزامه بالتسليم ومع ذلك يبقى المشترى ملزماً بالثمن[١]

اختلاف الشراح في فرنسا حول تبرير الحكم السابق:

اختلف الشراح في فرنسا في تبرير حكم القانون الفرنسي في هذه المسألة[٢] وذلك على النحو الآتي:

الرأى الأول: يرى أن هذا الحكم جاء تطبيقاً لمبدأ الغرم بالغنم، فما دام المشترى يستفيد من كل زيادة في المبيع وجب أن يتحمل تبعة هلاكه.

الرأى الثاني: وهو يرى في تبرير الحكم السابق أنه ما دام البيع قد أصبح ناقلاً للملكية بمجرد انعقاده فيكون البائع قد وفي بالتزامه الأساسي وهو نقل الملكية، أما الالتزام بالتسليم فهو التزام ثانوى.

---

(١) د/ البدراوى المرجع السابق فقرة ٢٧٧ ص ٤٢٧، د/جميل الشرقاوى المرجع السابق ص ٢٢٣، كما ينظر بحث د/عبد الحي حجازى ضمان الهلاك في القانون المدني المصرى ص ٤٨٩.

(٢) انظر: في عرض هذه الآراء الوسيط للسنهورى ٤/٦٠٩ هامش رقم (١)، د/خميس خضر العقود المدنية الكبيرة دار النهضة ص ١٩٢ هامش رقم (١).

الرأى الثالث: يرى أن البائع المدين بعد أن انتقلت منه الملكية لم يعد واضعاً يده على الشئ إلا بصفته أميناً عليه، والأمين لايضمن الهلاك.

اتفاق القانون الفرنسى مع بعض المذاهب الإسلامية:

ومما ينبغى ملاحظته أن ما ذهب إليه القانون الفرنسى من ربط تبعة الهلاك بانتقال الملكية وليس بالتسليم يتفق مع ما ذهب إليه الظاهرية(١) فى الفقه الإسلامى من أن كل بيع صح وتم فعله أثر تمام البيع. فإنه يهلك على المشترى، ويكون من ضمانه بحيث يتحمل هو تبعة هلاكه ولارجوع له على البائع.

اعتراض ورده:

اعترض الدكتور سليمان مرقس(٢) على ما ذكرنا من أن المشترى الفرنسى قد ربط تبعه الهلاك بالملكية وليس بالتسليم، حيث يقول [والرأى عندى أن نص المادة ١١٣٨- وهو الذى قصد به قبل كل شئ تقرير انتقال الملكية بمجرد العقد - قد حمل أكثر مما يتحمل، فليس صحيحاً أنه يقضى بنقل تبعة الهلاك إلى الدائن من وقت العقد، ولو كان محل الالتزام لم يسلم أو يحل أجل تسليمه، بل إنه لا يجعل تبعة الهلاك على الدائن إلا من الوقت الذى يجب فيه تسليم الشئ، فإذا عين فى العقد أجل للتسليم، فإن الملكية تنتقل بمجرد العقد أما تبعة الهلاك فتتأخر عن ذلك، ولا تنتقل إلا من وقت حلول أجل التسليم فعلاً، ما لم يكن البائع معذراً للتسليم فتقع عليه تبعة الهلاك، ونحن نتفق مع البعض - رداً على هذا الرأى - بأنه

(١) المحلى لابن حزم ٩/٣٤٣.

(٢) د/ سليمان مرقس الوافى فى شرح القانون المدنى ص ٦٥٧، ٦٥٨ط ١٩٩٠.

رأى له وجاهته، ولكن نص المادة ١١٣٨ صريح وواضح فى ربط تبعة الهلاك بانتقال الملكية لابالوقت الذى يحل فيه التسليم إذا كان قد حدد له أجلاً - والملكية تنتقل بمجرد انعقاد العقد صحيحاً، فيصبح المبيع فى ملك المشترى منذ تلك اللحظة(١).

صور الهلاك الكلى قبل التسليم فى القانون المدنى المصرى:

يختلف الحكم فى حالة الهلاك الكلى للمبيع قبل التسليم تبعاً لما إذا كان سبب الهلاك قوة قاهرة أو حادث فجائى، أو كان سببه خطأ أحد المتعاقدين، وذلك على النحو الآتى:

أولاً: الهلاك الكلى للمبيع بسبب قوة قاهرة أو حادث فجائى:

وفقاً لنص المادة ٤٣٧ - فإن المشرع المصرى خالف القانون الفرنسى فلم يجعل مناط تحمل التبعة انتقال الملكية، بل ربط بين تحمل التبعة والتسليم إعمالاً للقواعد العامة فى استحالة الوفاء بالالتزام، واستناداً إلى أن البائع بالرغم من انتقال ملكية المبيع منه إلى المشترى، فإنه لا يزال مديناً بالتسليم، ولأن الملكية لا تخلص للمشترى فعلاً إلا بالتسليم، فالتزام البائع بالتسليم هو متمم لالتزامه بنقل الملكية(٢)، وبناء على ذلك إذا هلك المبيع هلاكاً كلياً بقوة قاهرة أو بحادث فجائى فإن التزام البائع

(١) د/ محمود سلامة فى رسالته - هلاك المعقود عليه ص: ٢٩٦.

(٢) د/ السنهورى فى الوسيط فقرة ٣١٨ ص: ٦١١، د/سليمان مرقس الوافى فى شرح القانون المدنى ط ١٩٩٠ فقرة ٢٦٤: ص: ٦٦٣، د/خميس خضر المرجع السابق ص: ١٩٢. د/أنور سلطان، د/جلال العدوى عقد البيع فقرة ٣٥٦ ص: ٢٨٤، مصطفى الجمال عقد البيع ط. الفتح للطباعة والنشر ١٩٩٨ فقرة ١٤٣ ص ١٩٤.

بالتسليم – وهو التزام بتحقيق غاية يصبح مستحيل التنفيذ، وحينئذ ينفسخ العقد طبقاً للقواعد العامة (١٥٩)، ومتى انفسخ العقد، لاستحالة تنفيذ البائع لالتزامه بالتسليم، سقط بالتالى التزام المشترى بدفع الثمن، فإذا لم يكن المشترى قد وفاه فليس للبائع مطالبته به، وللمشترى أن يسترده إن كان قد دفعه وبالتالى يكون البائع قد خسر بانفساخ البيع المبيع والثمن معاً[١]، ويرى الأستاذ الدكتور السنهورى[٢] أن السبب فى عدم تحميل المشترى تبعة الهلاك قبل التسليم بالرغم أنه أصبح مالكاً – ما سبق أن ذكرنا – من أن الملكية لاتخلص للمشترى إلا بالتسليم، وأن التزام البائع بالتسليم جزء متمم لالتزامه بنقل الملكية، ويرى البعض[٣] أن الملكية تخلص للمشترى بمجرد البيع وليس التسليم شرطاً لازماً لذلك، بدليل أن للمشترى ثمر المبيع ونمائه منذ إبرام البيع، كل ما فى الأمر أن التزام البائع بالتسليم يعتبر من الالتزامات الرئيسية التى تقع على عاتقه والناتجة عن البيع، وقبل أن يوفى بهذا الالتزام فعليه تقع تبعة الهلاك، ولو كانت الملكية قد انتقلت بالبيع إلى المشترى، ونحن نتفق مع البعض[٤] فى ترجيح الرأى الأخير، لأن الملكية تنتقل إلى المشترى بعقد البيع، ولا نسلم بالقول بأن التسليم جزء متمم لنقل الملكية، كل ما فى الأمر أن الالتزام بالتسليم من الالتزامات الرئيسية التى تقع على عاتق البائع، ومما ينبغى ملاحظته أن التسليم الذى تنتقل به تبعة الهلاك هو التسليم بمعناه القانونى

---

(١) الوجيز فى شرح أحكام عقد البيع د/محمد على عمران الناشر دار النهضة العربية فقرة ١٠٣ ص: ٢٢٨، ٢٢٩.

(٢) الوسيط للسنهورى ٤/٦٠٩ فقرة ٣١٦.

(٣) الأستاذ الدكتور/محمد على عمران ص: ٢٢٩ هامش رقم (١).

(٤) د/محمود سلامة فى رسالته للدكتوراه ص:٢٩٨.

لا التسليم الفعلى، وهو يتم بوضع المبيع تحت تصرف المشترى بحيث يستطيع حيازته والانتقال به دون عائق مع اعلامه بذلك، فإذا تحقق ذلك انتقلت تبعة الهلاك إلى المشترى، وهذا يعنى أنه لا تلازم بين انتقال الملكية وضمان الهلاك بل هى ترتبط بانتقال الحيازة، وهذا ما صرحت به المذكرة الإيضاحية[1] للمشروع التمهيدى، حيث تقول " ويتبين من ذلك أن تبعة الهلاك تنتقل من انتقال الحيازة لا مع انتقال الملكية، فلو هلك المبيع قبل التسليم، وقبل تسجيل البيع كان هلاكه على البائع، أما بعد التسليم والتسجيل فهلاكه على المشترى، وإذاه هلك قبل التسليم بعد تسجيل البيع فهلاكه على البائع، أما إذا هلك بعد التسليم وقبل تسجيل البيع فهلاكه على المشترى، وإذا كان البيع معلقاً على شرط فاسخ، فإن جميع آثار العقد تترتب فى الحال، وتنشأ منه جميع التزامات منجزة وإنما يعلق فسخها على شرط، فإذا هلك المبيع قبل التسليم كان هلاكه على البائع، وإن هلك بعد التسليم كان هلاكه على المشترى، ولو تحقق الشرط بعد ذلك، أما إذا كان البيع معلقاً على شرط واقف، فإن جميع آثار العقد تظل معلقة، ولا ينشأ منه التزام ما، لا على البائع ولا على المشترى، ويترتب على هذا أنه لو هلك المبيع قبل تحقق الشرط كان هلاكه على البائع، وإذا وقع الهلاك بعد تحقيق الشرط، والمبيع لم يسلم بعد إلى المشترى كان الهلاك على البائع وانفسخ البيع بقوة القانون[2].

([1]) الأعمال التحضيرية جـ٤ ص: ٧٥، د/محمد حسن قاسم الموجز فى عقد البيع كلية الحقوق جامعة الإسكندرية ص: ٢٦١، ٢٦٢.

([2]) د/عبد المنعم البدراوى المرجع السابق فقرة ٢٨٢ ص:٤٣٣، ٤٣٤، د/محمد على عمران المرجع السابق فقرة ١٠٣ ص: ٢٣٠، د/أنور سلطان، د/جلال العدوى المرجع السابق فقرة ٣٦١ ص ٢٨٧، ٢٨٨.

حكم هلاك المبيع واجب التصدير:

نصت الماده ٤٣٦ على ذلك بقولها " إذا وجب تصدير المبيع للمشترى فلا يتم التسليم إلا إذ وصل إليه ما لم يوجد اتفاق يقضى بغير ذلك"

ومن هذا النص يتبين أنه إذا اتفق المتعاقدان على أن يكون التسليم عند الشحن أو التفريغ فيعمل بهذا الاتفاق، ففى حالة الاتفاق على أن يكون التسليم عند الشحن، فإن البائع هو الذى يتحمل تبعة الهلاك إلى تمام الشحن، أما بعد تمام الشحن فإن تبعة الهلاك تقع على عاتق المشترى، وفى حالة الاتفاق على أن يكون التسليم عند التفريغ فإن البائع يتحمل تبعة الهلاك إلى أن يتم التفريغ، وفى حالة عدم وجود اتفاق فإنه يعمل بنص المادة السابقة، وحينئذ يفرق بين المبيع المعين بالذات، والمبيع المعين بالنوع، فإذا كان المبيع معيناً بالذات تنتقل الملكية إلى المشترى بمجرد البيع، ويكون التسليم فى مكان محطة الوصول عند التفريغ وزمانه كذلك، ويتحمل تبعة الهلاك قبل التسليم، وهذا يعنى أن خطر الهلاك فى الطريق يكون على البائع لا على المشترى، أما إذا كان المبيع معيناً بنوعه فلا تنتقل الملكية إلا بالافراز، ويتم الإفراز عند التسليم، ويكون زمان التسليم وقت التفريغ ومكانه محطة الوصول، ولما كان خطر هلاك البضائع التى تخرج من مخزون البائع فى الطريق على من يملكها (٩٤تجارى) فإن تبعة الهلاك تكون على البائع إذ هو المالك إلى أن تصل البضائع مخطة التفريغ[١].

---

(١) د/السنهورى فى الوسيط فقرة ٣١١ ص:٥٩٩، ٦٠٠، د/سليمان مرقس. ود/محمد على إمام عقد البيع ف ١٨٨ ص ٣١٧، دار النشر للجامعات المصرية ١٩٥٣، د/محمد على عثمان الفقى (هلاك المبيع ص ٦٠، ٦١).

ثانياً: هلاك المبيع بفعل أحد المتعاقدين:

عرفنا مما سبق أن تبعة هلاك المبيع لا تثار، إلا إذا كان الهلاك قد حدث بسبب أجنبى لا يد للبائع أو المشترى فيه، أما إذا هلك المبيع بخطأ أحد المتعاقدين، فإما أن يهلك بخطأ المشترى أو بخطأ البائع.

الهلاك بخطأ المشترى:

إذا هلك المبيع قبل التسليم بفعل المشترى، كان الهلاك فى هذه الحالة على المشترى لأنه هو الذى تسبب فيه، ووجب عليه دفع الثمن كاملاً إلى البائع إذا كان لم يدفعه، ولايسترده إذا كان قد دفعه، لأنه لا يجوز للإنسان أن يستفيد من تقصيره، أما المشترى فلا يكون له الحق إلا فى تسليم المبيع فى حالته التى يكون عليها.

الهلاك بخطأ البائع:

إذ هلك المبيع قبل التسليم بفعل البائع، فإنه يكون قد أخل بالتزامه بالتسليم إذ إن الالتزام بالتسليم يتضمن المحافظة على المبيع حتى يتم التسليم، وفى هذه الحالة يجوز للمشترى طلب التنفيذ العينى إذا كان ممكناً، ويكون الأمر كذلك إذا كان الأمر يتعلق بهلاك جزئى يمكن إصلاحه، كما يجوز له طلب فسخ العقد، والامتناع عن سداد الثمن إذا كان لم يدفعه للبائع، وله أن يسترده إذا كان قد دفعه للبائع، ويجوز له طلب التعويض فى الحالتين عن الضرر الذى أصابه من عدم التسليم أو من التأخير فيه، كذلك يجوز له طلب إنقاص الثمن، ولا يكون الإنقاص بنسبة الهلاك أو التلف فقط، بل يراعى فى ذلك ما اصاب المشترى من ضرر نتيجة حصوله على شئ على غير الحال التى كان عليها وقت

العقد(١)، ومن العرض السابق لهلاك المبيع بخطأ أحد المتعاقدين يتضح لنا، أن هلاك المبيع بخطأ البائع أو المشترى لا يثير مسألة تحمل التبعة، وبالتالى لايمس قيام الالتزامات، أو العقد الذى يضمنها، وإنما يؤدى إلى شغل مسئولية المخطئ فيكون من تسبب فى هلاك المبيع مسئولاً عن هذا الهلاك، مع ملاحظة أن المبيع إذا كان من المثليات، وهلك بفعل البائع كان عليه أن يسلم ما يماثله صفة ومقداراً ذلك أن المثليات لا تهلك(٢).

الحالات التى يتحمل فيها المشترى تبعة الهلاك قبل التسليم:

إذا كانت القاعدة العامة هى ارتباط تبعة الهلاك بالتسليم، بحيث تكون على البائع إلى أن يتم التسليم فتنتقل إلى المشترى، فإنه يرد على هذه القاعدة عدة إستثناءات تكون فيها تبعة الهلاك على المشترى قبل التسليم، ونعرض لهذه الاستثناءات فيما يلى:

١- إذا أعذر البائع المشترى لتسليم المبيع، وامتنع المشترى عن استلامه انتقلت إليه تبعة الهلاك، ويشترط فى هذه الحالة أن يكون المشترى رفض تسلم المبيع عندما كان التزامه بالتسليم حالاً، لأن للمشترى أن يمتنع عن

(١) د/ السنهورى الوسيط ف ٣١٧ ص:٦١٠، د/خميس خضر المرجع السابق فقرة ١٠٤ ص: ١٨٩، د/مصطفى الجمال المرجع السابق ف ١٤٢ ص: ١٩٣.

(٢) د/ مصطفى الجمال فقرة ١٤٢ ص:١٩٢، ١٩٣، د/محمد المنجى المرجع السابق ص: ١٦٤، ١٦٥، د/الشرقاوى المرجع السابق ص: ٢٢١، د/توفيق حسن فرج فقد البيع ط. المكتب المصرى الحديث للطباعة والنشر ١٩٧٠ ص:٢٤٧.

تسلم المبيع قبل هذا الأجل، وإذا كان الأجل مشترطاً لمصلحة البائع فقط، فله النزول عنه ومطالبة المشترى باستلام المبيع فى الحال[١].

٢- لما كانت قاعدة تحمل البائع تبعة الهلاك قبل التسليم من القواعد المكملة لإرادة المتعاقدين، فإنه يجوز الاتفاق على خلافها، كأن يتفق على تحمل المشترى تبعة الهلاك قبل التسليم، وهو اتفاق صحيح وجائز[٢].

٣- إذا كان المبيع فى حيازة المشترى بدون إذن البائع، وهلك عنده قبل استلامه حكماً، فإنه يهلك على المشترى، ما لم يثبت أن المبيع كان يستهلك عند البائع لو كان عنده، وذلك تطبيقاً للمادة ٩٨٤ من القانون المدنى[٣].

٤- إذا كان عدم قيام البائع بتسليم المبيع يستند إلى حقه فى حبسه، بسبب عدم قيام المشترى بالوفاء بالمستحق من الثمن، وقد نص على هذا الحكم صراحة فى المادة ٤٦٠ التى تقضى بأنه " إذا هلك المبيع فى يد البائع وهو حابس له كان الهلاك على المشترى ما لم يكن المبيع قد هلك بفعل البائع" ويفهم من هذا النص أنه يجب لإعمال هذا الحكم أن يكون الهلاك بغير فعل البائع، وأن يكون البائع قد أعذر المشترى لدفع الثمن، ثم حبس المبيع أى امتنع عن تسلمه، فعندئذ إذا هلك المبيع كان هلاكه على المشترى، أما سكوت البائع عن مطالبة المشترى بدفع الثمن، يحمل على

---

(١) د/أنور سلطان، د/جلال العدوى المرجع السابق ص: ٢٨٥، ٢٨٦، د/محمد حسام محمدو لطفى أحكام عقدى البيع والإيجابى ص: ١٠٣، ط: ١٩٩٠م.

(٢) د/محمد لبيب شنب الرجع السابق ف ١٢٣ ص:١٨٧، د/خميس خضر العقود المدينة الكبيرة - عقد البيع ف ١٠٧ صـ١٩٤.

(٣) د/ عبد الناصر توفيق العطار البداية فى شرح أحكام البيع ٢١٣.

أنه تسامح مؤقتاً فى اقتضاء حقه، ولا يستغنى عن الإعذار وفقاً للقواعد العامة[1].

٥- خرج المشرع الوضعى على قاعدة ارتباط تبعة الهلاك بالتسليم فى البيوع التجارية فنص فى المادة ٩٤ من قانون التجارة على أن "البضائع التى تخرج من مخزون البائع أو المرسل يكون خطرها فى الطريق على من يملكها، ما لم يوجد شرط بخلاف ذلك "فتبعة هلاك البائع المصدرة أثناء الطريق تكون على المشترى ولو أنه لم يتسلمها، إذا كانت ملكيتها قد انتقلت إليه، وذلك على عكس الحكم فى البيوع المدنية، حيث تكون تبعة الهلاك أثناء الطريق على البائع، ولو كانت الملكية قد انتقلت إلى المشترى لأن مناط تحمل التبعة هو التسليم وهو لا يتم إلا بوصول المبيع إلى المشترى[2].

خلاصة ومقارنة:

بالمقارنة بين الفقه الإسلامى والقانون المدنى فيما يتعلق بالهلاك الكلى قبل التسليم نجد أن القانون المدنى يتفق مع الفقه الإسلامى فى أغلب هذه الأحكام وذلك على النحو الآتى:

---

(١) د/عبد المنعم البدراوى المرجع السابق ف ٢٨٠ ص: ٤٣١، د/جميل الشرقاوى المرجع السابق ص: ٢٢٥، ٢٢٦، د/عبد الناصر توفيق العطار المرجع السابق ف ٨٧ ص: ٢١٣، د/مصطفى الجمال المرجع السابق ف ١٤٤ص: ١٩٥.

(٢) د/مصطفى الجمال المرجع السابق ص:١٩٥، د/خميس خضر ص:١٩٦، د/جميل الشرقاوى المرجع السابق ٦٣ ص: ٢٢٦، د/محمد كامل مرسى العقود المسماة ٢٧٢/٦ المطبعة العالمية ف ١٥٧ ص:٢٧٢ د/أنور سلطان، د/جلال العدوى المرجع السابق ف ٣٥٩ ص: ٢٨٦، د/عبد المنعم البدراوى المرجع السابق ف ٢٨٠ ص :٤٣٢، د/محمد على عمران الوجيز فى شرح أحكام عقد البيع ف ١٠٥ ص:٢٣٣، ٢٣٤.

١- تنتقل الملكية مجرد انعقاد العقد صحيحاً فى كل من الفقه الإسلامى والقانون المدنى.

٢- يتفق القانون المدنى مع ما ذهب إليه الحنفية والشافعية من أن تبعة الهلاك الكلى للمبيع قبل التسليم تقع على عاتق البائع، بخلاف ما ذهب إليه المالكية والحنابلة والظاهرية حيث يرى هؤلاء أن تبعة المخاطر فى البيع الصحيح اللازم تكون بحسب الأصل على عاتق المشترى بمجرد انعقاد العقد، وهذا لم يقل به القانون المدنى لارتباط تحمل التبعة فيه بالتسليم.

٣- فى حالة هلاك المبيع بفعل أحد المتعاقدين، يتحمل المخطئ منهما تبعة هلاكه، فيكون من تسبب فى هلاكه المبيع مسئولاً عن هذا الهلاك، وهذا ما يتفق فيه القانون المدنى مع الفقه الإسلامى، إلا أنهما يختلفان فى استحقاق المشترى للتعويض فى حالة الهلاك بفعل البائع، فالقانون المدنى يعطى المشترى الحق فى التعويض بالإضافة إلى طلب الفسخ واسترداد الثمن، أما الفقه الإسلامى فإن الرأى الراجح فيه فى حالة هلاك المبيع بفعل البائع هو تخيير المشترى بين فسخ العقد والرجوع بالثمن، وبين البقاء عليه، ومطالبة المتلف بالمثل إذا كان مثلياً وبالقيمة إن لم يكن مثلياً أى أن الفقه الإسلامى لا يقر مثل هذا التعويض الذى يقر به القانون المدنى.

٤- خالف القانون الفرنسى - قاعدة ربط تبعة الهلاك بالتسليم، حيث ربط بين تبعة الهلاك وانتقال الملكية متفقين فى ذلك مع بعض فقهاء المسلمين "الظاهرية".

المبحث الثالث

الهلاك الكلى بعد التسليم

نعرض للهلاك بعد التسليم فى كل من الفقه الإسلامى، والقانون المدنى.

المطلب الأول

الهلاك الكلى للمبيع بعد التسليم فى الفقه الإسلامى

اتفق الفقهاء[1] على أنه إذا هلك المبيع هلاكاً كلياً بعد القبض فإن البيع لا يفسخ، ويكون هلاكه على ضمان المشترى أيا كان سبب الهلاك وهذا يعنى أن المشترى يخسر المبيع وفى نفس الوقت يكون عليه دفع الثمن للبائع إن لم يكن قد دفعه، ويرجع ذلك إلى أن البيع قد استقر بقبض المشترى للمبيع فتقرر عليه الثمن، ويستوى فى هذا الحكم، كما سبق أن يكون الهلاك بآفة سماوية أو بفعل المبيع أو بفعل المشترى أو بفعل البائع أو الأجنبى، مع ملاحظة أن الأحناف[2] يفرقون فى حالة ما إذا هلك المبيع بفعل البائع بين حالتين.

---

(1) بدائع الصنائع ٢٣٩/٥، جاء فيه (فأما إذا هلك كله بعد القبض فإن هلك بآفة سماوية، أو بفعل المبيع، أو بفعل المشترى لا ينفسخ البيع والهلاك على المشترى وعليه الثمن ... ...) وينظر أيضاً حاشية الدسوقى على الشرح الكبير ١٤٥/٣، والحاوى الكبير ٢٦٨/٦، والكافى فى فقه الإمام أحمد ٢١/٢ كتاب النيل وشفاء العليل ٥١٤/٨ جاء فيه: "وضمن مشتر بقبض اتفاقاً" كما ينظر مصادر الحق فى الفقه الإسلامى ٢٢٥/٦.

(2) بدائع الصنائع للكاسانى ٢٣٩/٥، د/وهبة الزحليى الفقه الإسلامى وأدلته ٤٠٧/٤.

أ- فإن هلك بآفة سماوية، أو بفعل المبيع، أو بفعل المشترى لا يفسخ البيع، ويكون هلاكه على ضمان المشترى، لأن المبيع خرج عن ضمان البائع بقبض المشترى فتقرر الثمن عليه، وفى حالة كون الاعتداء من الأجنبى فإن المشترى يرجع عليه بالضمان، وهذا محل اتفاق بين الفقهاء.

١- إن كان المشترى قبضة بإذن البائع، أو بغير إذنه، لكنه قد نقد الثمن، أو كان الثمن مؤجلاً فيكون هلاكه من قبل البائع كهلاكه من قبل الأجنبى أى أن ضمانه يكون على البائع.

٢- أما إذا كان المشترى قد قبض المبيع بدون إذن البائع، والثمن حال غير منقود صار (أى غير معطى إلى البائع) صار البائع باعتدائه على المبيع مستردا للبيع، وذلك يوجب بطلان البيع وسقوط الثمن كما لو استهلكه وهو فى يده، وبالتالى يكون عليه ضمانه.

المطلب الثاني

الهلاك الكلى للمبيع بعد التسليم فى القانون المدنى

وفقاً لما نصت عليه المادة ٤٣٧ من القانون المدنى فإن المشرع المصرى - كما سبق أن ذكرنا قد ربط بين تبعة الهلاك والتسليم، وبناء عليه فإن المبيع إذا هلك بعد التسليم فإن تبعة هلاكه تكون على المشترى، ذلك أن ارتباط تبعة الهلاك بالتسليم لا بانتقال الملكية مؤداه أنه بتمام المبيع إلى المشترى تنتقل تبعة الهلاك إليه، حتى ولو يتم نقل الملكية إليه، ويتحقق ذلك إذا كان المبيع عقاراً، وانتقلت حيازته إلى المشترى دون أن

يكون قد سجل عقده، فعلى المشترى لا على البائع تقع تبعة الهلاك رغم أن البائع مازال هو المالك مادام البيع غير مسجل[1].

خلاصة ومقارنة:

بالمقارنة بين الفقه الإسلامى والقانون المدنى فيما يتعلق بتبعة هلاك المبيع بعد التسليم، نجد أن القانون المدنى قد تأثر بأحكام الفقه الإسلامى بالنسبة لهذه الأحكام، ففى الفقه الإسلامى إذا هلك المبيع بعد القبض فإن المشترى هو الذى يتحمل تبعة الهلاك، باعتبار أن المبيع قد خرج من ضمان البائع، فتقرر الثمن على المشترى بقبضه إياه، وفى القانون المدنى أيضاً تقع تبعة هلاك المبيع بعد قبضه على المشترى، وهذا يعنى اتفاق الفقهين الإسلامى والقانونى على أن تبعة الهلاك بعد التسليم تكون على المشترى.

(1) د/أنور سلطان، ود/جلال العدوى المرجع السابق ف ٣٦٠ ص: ٢٨٧، د/السنهورى فى الوسيط ٦١٣/٤، د/ محمد على عمران المرجع السابق ص: ٢٢٩، ٢٣٠، د/ خميس خضر المرجع السابق ص: ١٩٢، ١٩٣.

الفصل الثانى

الهلاك الجزئى الموجب لتحمل التبعة قبل التسليم وبعده

تمهيد:

نتحدث عن الهلاك الجزئى قبل التسليم وبعده فى كل من الفقه الإسلامى والقانون المدنى، وذلك فى مبحثين.

المبحث الأول

الهلاك الجزئى قبل التسليم وبعده فى الفقه الإسلامى

المطلب الأول

الهلاك الجزئى قبل التسليم

إذا هلك بعض المبيع قبل التسليم فإن الحكم يختلف تبعاً لمن صدر منه الإتلاف.

الهلاك الجزئى قبل القبض بآفة سماوية:

إذا هلك بعض المبيع قبل القبض بآفة سماوية فقد اختلف الفقهاء فى ذلك إلى آراء ثلاثة:

الرأى الأول: وبه قال الحنفية(1)، وهم يفرقون بين التلف الذى ينشأ عنه نقصان قدر، والتلف الذى ينشأ عنه نقصان وصف(2)، فإذا وقع الهلاك

---

(1) بدائع الصنائع جـ ٥ ص: ٢٣٩ جاء فيه "فأما إذا هلك بعضه فإن كان قبل القبض وهلك بآفة سماوية ينظر إذا كان النقصان نقصان قدر بأن مكيلاً موزوناً أو معدوداً ينفسخ العقد بقدر الهالك.

(2) نقصان الوصف ما يدخل تحت البيع بلا ذكر كالأطراف فى الحيوان والجودة فى المكيل والموزون، وكالأشجار والبناء فى الأرض، ينظر البحر الرائق شرح كنز الدقائق ١٦/٦.

على قدر من المبيع بأن كان المبيع مكيلاً، أو موزوناً، أو معدوداً، وهلك فى جزء منه أو أصابة التلف انفسخ البيع بقدر الجزء الهالك، وتسقط حصته من الثمن، ويخير المشترى فى الجزء الباقى من المبيع، إن شاء أخذه بحصته من الثمن، وإن شاء ترك واعتبر البيع كأن لم يكن، ومعنى ذلك أن البائع هو الذى يتحمل تبعة الهلاك الجزئى أو التلف الذى يطرأ على المبيع بعد تمام العقد وقبل القبض، وحجتهم فى ذلك هى أن كل قدر من المبيع يعتبر معقوداً عليه، ومن ثم يقابله شئ من الثمن، وعلى ذلك فإن هلاك بعض المبيع يوجب انفساخ البيع فى هذا البعض وسقوط ما يقابله من الثمن قياساً ما يحدث فى حالة الهلاك الكلى، ولايجبر المشترى على قبول الجزء الباقى بحصته من الثمن، لأن الصفقة قد تفرقت عليه بهلاك جزء منها[1]، ولذا جاء فى البحر الرائق "وإن هلك البعض قبل قبضه ... وإن بآفة سماوية أن نقصان قدر طرح عن المشترى حصة الفائت من الثمن، وله الخيار فى الباقى"[2]- أما إذا كان الهلاك أو التلف قد وقع على وصف من أوصاف المبيع التى تدخل فى البيع من غير تسمية كالشجر والبناء فى الأرض، فلا ينفسخ البيع أصلاً، ولا يسقط عن المشترى شئ من الثمن، والعلة ذلك أن الأوصاف لا حصة لها من الثمن إلا إذا ورد عليها القبض أو الجناية، لأنها تعتبر مقصودة بالقبض والجناية، فالمشترى بالخيار إن شاء أخذه بجميع الثمن، وإن شاء ترك لتعب المبيع قبل القبض[3].

---

(١) بدائع الصانع للكاسانى ٥/٢٣٩، ٢٤٠.

(٢) البحر الرائق شرح كنز الدقائق ٦/١٦.

(٣) حاشية بن عابدين ٧/٨٧، د/مصطفى سيد أحمد صقر المرجع السابق ص: ٧٢ وما بعدها، د/وهبة الزحيلى نظرية الضمان ص١٤٨، الموسوعة الكويتية ١٣/٢٧٤.

الرأى الثانى: وبه قال المالكية، وهم يفرقون بين ما إذا كان الباقى بعد التلف النصف فأكثر أم لا، فإذا كان الباقى بعد التلف النصف فأكثر لزم المشترى الباقى بحصته من الثمن، ويرجع بحصة ما تلف، لأن بقاء النصف كبقاء الجل فيلزمه، وهذا فى المبيع المتعدد، فإن كان المبيع متحداً كفرس مثلاً وبقى بعد التلف النصف فأكثر، فالمشترى بالخيار بين رد المبيع وأخذ ثمنه، وبين التمسك بالباقى بحصته من الثمن، والرجوع بحصة ما تلف، وإن كان الباقى بعد التلف أقل من النصف، حرم التمسك بالباقى ووجب رد المبيع وأخذ جميع الثمن، لاختلال البيع بتلف كل المبيع، فتمسك المشترى بباقية كإنشاء عقد بثمن مجهول، إذ لا يعلم ما يخص الباقى إلا بعد تقويم الجميع، ثم النظر فيما يخص كل جزء على انفراده[1]، إلا المثلى فلا يحرم التمسك بالأقل منه، بل المشترى بالخيار بين فسخ البيع، وبين التمسك بالباقى بحصته من الثمن، وذلك لأن المثلى منا به (مقابلة) من الثمن معلوم فليس التمسك بالباقى القليل، كإنشاء عقد بثمن مجهول، بل يأتى هذا فى المقوم[2].

---

(1) بلغة السالك لأقرب المسالك إلى مذهب الإمام مالك للشيخ الصاوى الناشر مصطفى الحالى ٢/٧٢، ٧٣، الشرح الصغير لسيدى أحمد الدردير ٣/٧٩.

(2) حاشية الدسوقى على الشرح الكبير ٣/١٤٨، ١٤٩، مواهب الجليل وبهامشة التاج والإكليل ٤/٤٨٠، ٤٨١ ط. ١٩٧٨، وحاشية العدوى بهامش الخرشى ٥/١٦٠، ١٦١ دار صادر بيروت .

الرأى الثالث: وبه قال الشافعية[1] والحنابلة[2].

وهم يرون أن تلف بعض المبيع قبل القبض بآفة سماوية، يعطى المشترى الخيار بين فسخ العقد والرجوع بالثمن، وبين قبوله ناقصاً ولاشئ له.

ثانياً: الهلاك الجزئى قبل القبض بفعل البائع:

إذا تلف بعض المبيع قبل القبض بفعل البائع فللفقهاء فى ذلك آراء ثلاثة:

الرأى الأول: يرى أن البيع يبطل بقدر الهالك، ويسقط عن المشترى حصة الهالك من الثمن، سواء أكان النقصان نقصان قيمة أو نقصان وصف، لأن الأوصاف لها حصة من الثمن عند ورود الجناية عليها لأنها تصير أصلاً بالفعل فتقابل بالثمن، والمشترى بالخيار فى الباقى إن شاء أخذه بحصته من الثمن، وإن شاء ترك لتفرق الصفقه عليه، وقد قال بهذا الرأى الحنفية[3]، والشافعية فى مقابل المذهب[4]، والحنابلة[5] إذا كان

(1) الحاوى الكبير ٢٧١/٦ جاء فيه: "وإن ابتاع عبداً فذهب عضو منه فى يد البائع قبل تسلمه ... فإن كان بآفة سماوية، فالمشترى لأجله بالخيار بين فسخ البيع .. وبين الرضا به وإمضاء البيع فيه بجمع الثمن.

(2) المغنى مع الشرح الكبير ٤٤١/٤ جاء فيه "ولو تغيب فى يد البائع أو تلف بعضه بأمر سماوى فالمشترى بالخيار بين قبوله ناقصاً ولا شئ له، وبين فسخ العقد والرجوع بالثمن".

(3) البدائع ٢٤٠/٥، حاشية بن عابدين ٧٨/٧.

(4) مغنى المحتاج ٦٨/٢ جاء فيه: "..... ومقابل ثبوت الخيار مع التغريم".

(5) المغنى مع الشرح الكبير جاء فيه: "..... وإن كان بفعل البائع فقياس قول أصحابنا أن المشترى مخير بين الفسخ والرجوع بالثمن جـ ٤ ص: ٤٤١.

المبيع مكيلاً أو أو موزوناً، وأما إذا لم يكن مكيلاً أو موزوناً فلا ينفسخ البيع، ويرجع المشترى على البائع بعوض ما أتلف.

الرأى الثانى: ويرى عدم انفساخ البيع، ولا يخير المشترىن ويغرم البائع للمشترى وهذا ما ذهب إليه المالكية فقد جاء فى حاشية الدسوقى على الشرح الكبير " واحترز بقوله سماوى عما لو كان بفعل البائع عمداً أو خطأ فيلزمه الأرش من غير تخير[1].

الرأى الثالث: ويرى تخيير المشترى بين الفسخ والرجوع بالثمن، وبين إجازة العقد بجمع الثمن ولايعزم البائع للمشترى شيئاً، وقد قال بهذا رأى الشافعية على المذهب عندهم، لأن فعل البائع إما كفعل الأجنبى، وكلاهما مثبت للخيار قطعاً[2].

والرأى الراجح: هو الرأى الأخير، وذلك استناد إلى ما ذهبوا إليه من أن فعل البائع إما أن يكون كالآفة، وإما كفعل الأجنبى، وكل منهما يثبت بخيار للمشترى، وهذا ما يرجح هذا الرأى على باقى الآراء.

ثالثاً: الهلاك الجزئى قبل القبض بفعل الأجنبى:

إذا هلك بعض المبيع قبل القبض يفعل الأجنبى فإن للفقهاء فى ذلك رأيين:

الرأى الأول: يرى أنه إذا هلك بعض المبيع بفعل الأجنبى قبل القبض فعليه ضمانه، والمشترى بالخيار، إن شاء فسخ البيع، واتبع البائع الجانى بضمان ما أتلفه، وإن شاء اختار البيع واتبع (المشترى) الجانى بالضمان،

---

(1) حاشية الدسوقى على الشرح الكبير جـ ٣ ص: ١٤٨.

(2) مغنى المحتاج ٦٨/٢ جاء فيه "ومقابله ثبوت الخيار مع التغريم".

وعليه جميع الثمن – وهذا ما ذهب إليه الحنيفية[1] والشافعية[2]، غير انهم يقولون لا يغرم الأجنبى الأرش إلا بعد قبض المبيع، لجواز تلفه فى يد البائع فينفسخ البيع، وهو قول الحنابلة[3] إذا كان المبيع مكيلاً ونحوه، أما ما عدا الكيل والموزون عند الحنابلة، فليس للمشترى الخيار فى الفسخ، وإنما يتبع المتلف بالضمان.

الرأى الثانى: ويرى أن الأجنبى إذا تلف بعض المبيع قبل القبض فإنه يغرم قيمة المقوم، ومثلى المثلى لمن كان الضمان منه بائعاً كان أو مشترياً وهو ما قال به فقهاء المالكية[4].

([1]) حاشية بن عابدين ٧٢/٧ جاء فيه "وإن هلك بفعل أجنبى فالمشترى بالخيار إن شاء فسخ البيع فيضمن الجانى للبائع ذلك، وإن شاء أمضاه ودفع الثمن واتبع الجانى ويطيب له الفضل إن كان الضمان من خلاف الثمن".

([2]) الحاوى الكبير للماوردى ٢٧٢/٦ جاء فيه: "فإن كان الجانى على عضو العبد أجنبياً كان للمشترى الخيار فيه الحدوث النقص فى يد بائعه، فإن فسخ كان للبائع مطالبة الجانى بالأرش ... فإن لم يفسخ المشترى وأحب الإمضاء، فالمشترى هو الذى يستحق مطالبة الجانى بالأرش، لكن بعد قبض العبد، فأما قبل قبضه فلا مطالبة له لجواز أن يموت العبد فى يد بائعه.

([3]) المغنى لابن قدامه ٤٤١/٤ جاء فيه: "وإن كان بفعل أجنبى فله الخيار بين الفسخ والمطالبة بالثمن، وبين أخذ المبيع ومطالبة المتلف بعوض ما أتلف، وفى نفس المعنى ينظر الشرح الكبير مطبوع مع المغنى ٣٣٣/٤.

([4]) الخرشى على مختصر خليل ١٦٢/٥ جاء فيه: " وإتلاف البائع والأجنبى لمبيع على البت وهو فى ضمان البائع أو ضمان المبتاع، يوجب على المتلف قيمة المقوم، ومثلى المثلى.

الرأى الراجح: أرجح من هذين الرأيين الرأى الأول الذى قال به جمهور الفقهاء، لأن هذا الرأى يخير المشترى بين الفسخ والإمضاء، وهو ما يرفع الضرر عن المشترى، اما البائع فلن يلحقه ضرر على أى حال، لأنه يحصل على الثمن عند إمضاء المشترى للبيع، ويتبع الجانى (الأجنبى) فى حالة اختيار الفسخ من جانب المشترى.

رابعاً: الهلاك الجزئى قبل القبض بفعل المشترى:

إذا تلف بعض المبيع قبل القبض بفعل المشترى، فإن البيع لا يبطل، ولا يسقط عنه شئ من الثمن، لأنه صار قابضاً للكل بإتلاف البعض، ولايتمكن من إتلاف البعض إلا بإثبات اليد على الكل، ولاخيار له لحصوله بفعله، وهذا ما ذهب إليه جمهور الفقهاء الحنفية[1] والشافعية والمالكية[2] والمالكية[3] والحنابلة[4].

خامساً: الهلاك الجزئى قبل القبض بفعل المبيع ذاته:

إذا تلف بعض المبيع قبل القبض بفعل المبيع ذاته، فإن البيع لا ينفسخ وفقاً لما ذهب إليه الأحناف، ولايسقط عن المشترى شئ من الثمن، لأن جنايته على نفسه هدر فصار كما لو هلك بعضه بآفة سماوية. وهلاك

---

(1) بدائع الصنائع ٢٤٠/٥ جاء فيه: " وإذا هلك بفعل المشترى لايبطل البيع، ولا يسقط عنه شئ من الثمن، وفى نفس المعنى حاشية بن عابدين ٧٢/٧.

(2) المذهب ٧١/٢: "فإن أتلفه المشترى استقر عليه الثمن لأن الإتلاف كالقبض، كما ينظر الجمل على شرح المنهج ١٥٩/٣ط. دار إحياء التراث العربى.

(3) الخرشى على مختصر خليل ١٦٢/٥ جاء فيهك "وإتلاف المشترى قبض .. ..".

(4) الكافى فى فقه الإمام أحمد ٢١/٢ جاء فيه: "... فإن إتلفه المشترى استقر عليه الثمن لأنه تلف بتصرفه"

بعضه نقصان الوصف ، والأوصاف لا تقابل بالثمن، فلا يسقط شئ من الثمن، ويكون المشترى بالخيار إن شاء أخذه بجميع الثمن، وإن شاء ترك لتغير المبيع[1].

المطلب الثانى

الهلاك الجزئى للمبيع بعد التسليم

إذا تلف بعض المبيع بعد القبض، فإن التلف يكون على المشترى، ولا شئ على البائع، ويجب عليه الثمن، لأن المبيع خرج عن ضمان البائع بقبض المشترى، فتقرر عليه الثمن، ولا فرق فى هذا الحكم أن يكون الهلاك حدث بآفة سماية، أو بفعل المبيع، أو بفعل المشترى، أو بفعل أجنبى، مع ملاحظة أنه إذا كان الهلاك بفعل أجنبى، فإن المشترى بعد دفعه الثمن يرجع بالضمان على الأجنبى، أما إذا كان الهلاك بفعل البائع، فإننا نفرق بين ما إذا كان للبائع حق الاسترداد أم لان فإن لم يكن للبائع حق الاسترداد لاستيفاء الثمن بأن كان المشترى قبضه بإذنه أو كان الثمن منقوداً أو مؤجلاً فإتلاف البائع والأجنبى سواء، وإن كان له حق الاسترداد، بأن قبضه بغير إذنه والثمن حال غير منقود، ينفسخ البيع فى قدر المتلف، ويسقط عن المشترى حصته من الثمن لأنه صار مسترداً لذلك بالإتلاف فتلف ذلك القدر فى ضمانه فيسقط قدره من الثمن، وقد

(1) بدائع الصنائع للكاسانى ٥/٢٤٠ جاء فيه: " وإن هلك بفعل المبيع بأن جرح نفسه لا ينفسخ البيع، ولا يسقط عن المشترى شئ من الثمن، لأن جنايته على نفسه هدر، فصار كما لو هلك بعض بآفة سماوية ..."

أتفق الفقهاء على حكم هذه الحالتن فيما عدا ما إذا كان الإتلاف بفعل البائع فإن للحنيفة فيه تفصيل على نحو ما سبق(١).

من خلال عرضنا السابق لتحمل تبعة الهلاك فى البيع البات (الذى لا خيار فيه) اتضح لنا أن الفقه الإسلامى يأخذ بقاعدة ثبوت الملك للمشترى بمجرد انعقاد العقد، فإذا انعقد البيع صحيحاً لازماً، ثم هلك الشئ المبيع بسبب أجنبى فقد اختلف الفقهاء فيمن يتحمل تبعة الهلاك من المتعاقدين هل هو البائع أم المشترى، وذلك إلى اتجاهين رئيسيين:

الاتجاه الأول: الضمان بالقبض لا بالعقد وقد بهذا الرأى الحنفية والشافعية، وبناء على رأيهم إذا هلك المبيع كله قبل القبض انفسخ البيع، ولا يجوز للبائع ممطالبة المشترى بالثمن وهذا يعنى أن البائع هو الذى يتحمل تبعة الهلاك، أما إذا هلك المبيع بعد القبض فإن تبعة هلاكه تكون على المشترى سواء كان الهلاك كلياً أم جزئياً(٢).

---

(١) بدائع الصنائع للكاسانى ٥/٢٤١ جاء فيهك " فأما إذا هلك بعض المبيع بعد القبض فإن هلك بآفة سماوية، أو بفعل المبيع، أو بفعل المشترى فالهلاك على المشترى، لأن المبيع خرج عن ضمان البائع بقبض المشترى فتقرر عليه الثمن المالكية حاشية على العدوى بها مش الخرشى ٥/١٦٢ الشافعية المهذب ٢/٧١، الحنابلة الكافى فى الفقه على مذهب الإمام أحمد بن حنبل ٢/٢١.

(٢) الوسيط فى المذهب للغزالى ٣/١٤٣ ط. دار السلام جاء فيه: "إذ المبيع عندنا، وعند أبى حنيفة رمة الله فى ضمان البائع قبل القبض، حلية العلماء فى مذاهب الفقهاء لابن القفال ٤/٣٤٢ الناشر مكتبة الرسالة الحديثة.

الاتجاه الثاني: أن الضمان بالعقد لا بالقبض وقد قال بهذا الرأى فقهاء المالكية، والحنابلة، والظاهرية[1]، وقاعدة الضمان بالعقد لا بالقبض قاعدة مطلقة عند الظاهرية، أما المالكية والحنابلة، فإنى هذه القاعده يرد عليها استثناء أو أكثر على خلاف بين المذهبين أما المالكية فهم بيستثنون من حكم هذه القاعدة الحالات الآتية:

١- حبس المبيع للثمن أو للإشهاد.

٢- المبيع الغائب على الصفة او رؤية متقدمة.

٣- كل مبيع بيع بيعاً فاسداً.

٤- المواضعة فبرؤية الدم تدخل فى ضمان المشترى.

٥- كل مبيع فيه حق توفية من مكيل او موزون أو معدود.

٦- ما بيع من الثمار فلأمن الجائحة حتى تدخل فى ضمان المشترى[2]، وما عدا هذه الحالات فإن الضمان ينتقل إلى المشترى بالعقد الصحيح اللازم، وعند الحنابلة القاعدة أن تبعة هلاك المبيع تنتقل من البائع إلى

([1]) جاء فى بداية المجتهد ونهاية المقتصد ٥١/٥ الناشر دار المكتب العلمية بيروت لبنان جاء: ".... واختلفوا فى الوقت الذى يضمن فيه المشترى المبيع أين تكون خسارته إن لهلك منه فقال أبو حنيفة والشافعى لا يضمن المشترى إلا بعد القبض .." وفى نفس المعنى رحمة الأمة فى اختلاف الأئمة ص ١٤٢، ١٤٣ الناشر دار الكتب العلمية، الذخيرة للقوافى ٢١/٥ الناشر دار الغرب الإسلامى.

([2]) الشرح الصغير ٧٦/٣ وما بعدها جاء فيه: " وتنتقل الضمان إلى المشترى بالعقد الصحيح اللازم إلا فيما فيه حق توفية .....". قوانين الأحكام الفقهية لابن جزى صـ ٢٥٩، ٢٦٠.

المشترى بالعقد لا بالنقض واستثنوا من ذلك المكيل والموزون، فإن تلف قبل القبض فهو من مال البائع[١]، أما ماعدا المكيل والموزون، فإنه وإن تلف من مال المشترى، ودليلهم فى ذلك أن من له مغنم الشئ فعليه أن يتحمل مغارمه، استناداً إلى الحديث الشريف: " الخراج بالضمان"[٢] فبمقتضى هذا الحديث، يكون نماء المبيع قبل القبض من المشترى، فيكون ضمانه عليه عند الهلاك أيضاً، وقول ابن عمر مضت السنة أن ما أدركته الصفقة حياً مجموعاً، فهو من مال المبتاع يؤيد أن الضمان لايكون بالقبض بل بالعقد، ومن ناحية ثالثة فإن القبض ليس شرطاً فى صحة البيع بدليل جواز البيع المودع والمورث ومن ثم وجب انتقال الضمان إلى المشترى بنفس العقد، ولذا جاء فى المغنى لابن قدامة: "وما عداه فلا يحتاج إلى قبض وإن تلف فهو من مال المشترى، ولنا قول النبى ﷺ "الخراج بالضمان "وهذا المبيع نماؤه للمشترى فضمانه عليه"[٣].

أما الظاهرية فهم يرون أن كل بيع صح وتم فهلك المبيع أثر تمام البيع فمصيبته من المتباع، ولا رجوع له على البائع[٤].

([١]) الشرح الكبير مطبوع مع المغنى لابن قدامه جاء فيه: " ومن اشترى مكيلاً أو موزوناً لم يجز بيعه حتى بقبضه، وإن تلف قبل قبضه فهو من مال البائع" ٤/٣٣١.

([٢]) رواه ابن ماجة الناشر دار الحديث رقم ٢٢٤٢ جزء ٢ صـ ٧٥٣.

([٣]) المغنى لابن قدامة ٤/٤٤٢، د/ مصطفى سيد صقر نظرية تحمل تبعة المخاطر فى البيع المرجع السابق صـ ٧٠ وما وما بعدها.

([٤]) المحلى لابن حزم ٩/٣٤٣.

المبحث الثانى

الهلاك الجزئى للمبيع قبل التسليم وبعده فى القانون

اتضح لنا مما سبق أن هلاك المبيع إذا كان كلياً، يرتبط بالتسليم أى أنه يكون ضمانه على البائع قبل التسليم، وتنتقل تبعة الهلاك بعد التسليم إلى المشترى أما إذا كان الهلاك جزئياً، فإننا نفرق بين الحالات الآتية:

أولاً: الهلاك الجزئى للمبيع قبل انعقاد العقد:

إذا هلك بعض المبيع قبل انعقاد العقد وبقى بعضه، جاز التساؤل عما إذا كان العقد فى هذه الحالة ينعقد اعتماداً على الباقى، أولاً ينعقد تغليباً لما انعدم.

إن وجود جزء من المبيع فى الحقيقة، يكفى لأن يرد عليه العقد، إذ لايكون وارداً على معدوم كما فى حالة الهلاك الكلى، غير أن العدالة تقتضى فى هذه الحالة ألا يدفع المشترى كل الثمن، بل يخفض له من الثمن بقدر ما هلك من المبيع، ومن جهة أخرى، فإن المشترى لايجبر على تفرقة الصفقة، وأخذ الجزء الباقى من المبيع بل له الحق فى طلب بطلان العقد، إذا كان هذا الباقى لايصلح للغرض الذى من أجله تعاقد على شراء المبيع كله، وهذا تطبيق للقاعدة المنصوص عليها من المادة ١٤٣ حيث تقول: "إذا كان العقد فى شق منه باطلاً فهذا الشق وحده هو الذى يبطل، إلا إذا تبين أن العقد ما كان ليتم بغير الشق الذى وقع باطلاً أو قابلاً للإبطال"(١).

---

(١) د/سليمان مرقس، د/محمد على إمام، عقد البيع فقرة ٦٦ صـ ١٠٢، د/ محمود محمد عوض سلامة المرجع السابق صـ٣٢٠، د/ محمد على عثمان الفقى، هلاك المبيع صـ٨٣، ٨٤.

ثانياً: الهلاك الجزئى الجزئى بعد انعقاد العقد وقبل التسليم:

وقد نصت على حكم هذه الحالة ٤٣٨ بقولها: "إذا نقصت قيمة المبيع قبل التسليم لتلف أصابه جاز للمشترى إما أن يطلب فسخ البيع إذا كان النقص جسيماً، بحيث لو طرأ قبل العقد لما تم البيع، وأما أن يبقى المبيع مع إنقاص الثمن "ومن نص هذه المادة يتبين لنا أن الهلاك الجزئى للمبيع أما أن يكون بقوة قاهرة أو حادث مفاجئ أو يكون بفعل أحد المتعاقدين.

الهلاك الجزئى بقوة قاهرة أو حادث مفاجئ:

فطبقاً لما نصت عليه المادة ٤٣٨، إذا هلك المبيع هلاكاً جزئياً، بسبب قوة قاهرة، أو بحادث مفاجئ فإن قاعدة ارتباط تبعة الهلاك بالتسليم تكون واجبة التطبيق ويختلف الحكم هنا بحسب ما إذا كان الهلاك أو التلف جسيماً أم لا، ففى حالة ما إذا كان الهلاك جسيماً بحيث لو طرأ قبل العقد لما تم البيع، فإن المشترى يخير بين الفسخ وإنقاص الثمن بما يتناسب مع ما هلك أو نقص من قيمة المبيع، مع ملاحظة أن الفسخ فى حالة الهلاك الجزئى لا يقع بقوة القانون كما فى حالة الهلاك الكلى، بل هو فسخ قضائى يجب أن تقضى به المحكمة، ما لم يتراض عليه الطرفان، أما إذا كان الهلاك الجزئى غير جسيم، فإن حق المشترى يقتصر على طلب الثمن[1]، وليس للمشترى أن يطلب إلزام البائع بإصلاح

([1]) د/ السنهورى فى الوسيط ٦١٧/٤،د/محمد على عمران المرجع السابق صـ ٢٣١،٢٣٢، د/عبد المنعم البدراوى المرجع السابق صـ٤٣٠.

التلف، لأن الغرض أن التلف لم يحدث بفعل البائع، بل بسبب أجنبى[١]، ويفترض أن الهلاك تم بفعل أجنبى عن العاقدين أو تم بفعل قوة قاهرة، كما يفترض أن المبيع معين بالذات، أما إذا كان معيناً بالنوع فلا ينفسخ البيع، ولو كانت اوصافه مذكورة فى العقد، بل يلتزم البائع بتسليم شئ من المتفق عليه، ولكن إذا تحددت ذاتية المبيع بعد العقد، ثم هلك قبل تسليمه فسخ البيع وتحمل البائع تبعة الهلاك.

الهلاك الجزئى بفعل أحد المتعاقدين:

المقصود بالهلاك الجزئى – الذى وضحنا بعض أحكامة فى القانون – الهلاك الذى يترتب عليه نقصان قدر المبيع، لانقصان قيمته لسبب من الأسباب كالأزمات الاقتصادية، أو انخفاض قيمة النقد[٢]، والهلاك الجزئى للمبيع بفعل أحد المتعاقدين يختلف بحسب ما إذا كان الهلاك بفعل البائع أو بفعل المشترى، فإذا كان بفعل البائع، فعليه تقع تبعة الهلاك، ويخير المشترى بين طلب الفسخ – إذا كان الهلاك جسيماً – وبين إنقاص الثمن، بما يتناسب مع ما هلك أو نقص من قيمة المبيع[٣]، ومن حق المشترى إلى جانب الفسخ أو إنقاص الثمن الحق فى التنفيذ العينى أى طلب إصلاح التلف[٤]، وهذا يعنى أنه إذا هلك المبيع بخطأ البائع، وفسخ العقد، استرد المشترى الثمن، واستحق فوق ذلك تعويضاً،

---

(١) د/خميس خضر المرجع السابق صـ١٩٤.

(٢) د/ محمد حسن قاسم الوجيز فى عقد البيع المرجع السابق صـ٢٦٣.

(٣) د/خميس خضر المرجع السابق صـ١٩٣.

(٤) د/خميس المرجع السابق صـ١٩٣.

ما لم يختر بقاء الصفقة، فحينئذ ينقص الثمن، ويراعى فى هذا الإنقاص أن يكون جزءاً منه على سبيل التعويض[1].

أما إذا كان هلاك المبيع بفعل المشترى، فعليه أيضاً تقع تبعة الهلاك ويظل ملتزماً بالوفاء بالثمن بأكمله، ويستوى فى هذا الهلاك الجزئى مع الكلى، ويرجع ذلك إلى أن المشترى، هو الذى تسبب فى الهلاك فعليه تقع مسئوليته إذ لا يجوز للإنسان أن يفيد من تقصيره، وإذا كان للبائع أخذ الثمن كاملاً من المشترى، فإن المشترى لا يكون له سوى الحق فى تسلم المبيع فى حالته التى يكون عليها[2].

الهلاك الجزئى للمبيع بعد التسليم:

إذا كان الهلاك الجزئى للمبيع قد حدث بعد التسليم، فإن تبعة هلاكه تكون على المشترى، والمقصود بالتسليم الذى ترتبط به تبعة الهلاك هو التسليم القانونى لا التسليم الفعلى، وبناء على ذلك إذا وضع البائع المبيع تحت تصرف المشترى بحيث يتمكن من حيازته والانتفاع به دون عائق، وأعلمه بذلك، انتقلت تبعة الهلاك إلى المشترى، ولو لم يستول عليه استيلاء مادياً، وحينئذ لا ينفسخ عقد البيع، ويلتزم المشترى بأن يدفع للبائع الثمن كاملاً[3].

---

(1) د/أنور سلطان د/جلال العدوى صـ ٢٨٥.

(2) د/ جميل الشرقاوى المرجع السابق صـ ٢٢١، د/ مصطفى الجمال عقد البيع الناشر الفتح للطباعة والنشر ص ١٩٣، د/محمد كامل مرسى عقد البيعن وعقد المقايضة ٦/٢٧٤، ٢٧٥ المطبعة العالمية.

(3) د/محمد على عمران المرجع السابق ص ٢٣١، د/مصطفى الجمال السابق ص ١٩٤، ١٩٥، د/محمد حسن قاسم المرجع السابق ص ٢٦٠، ٢٦١، د/محمد لبيب شنب المرجع السابق ص ١٨٥، ١٨٦.

خلاصة ومقارنة:

بالمقارنة بين الفقه الإسلامى، والقانون المدنى، فيما يتعلق بالهلاك الجزئى قبل التسليم وبعده، نلاحظ الآتى:

١- أقام القانون المدنى المصرى تنظيمه لمسألة تحمل المخاطر فى العقود الملزمة للجانبين على أساس تلك التفرقة التى قال بها فقهاء الحنفية والشافعية بين هلاك المعقود عليه قبل القبض، وهلاكه أو تلفه بعد القبض، ففى الحالة الأولى يكون الهلاك على البائع، وفى الثانية يكون على المشترى.

٢- إذا هلك جزء من المبيع قبل القبض بسبب أجنبى، وكان مكيلاً أو موزوناً ينفسخ العقد بقدر الهالك، وتسقط حصته من الثمن، والمشترى بالخيار فى أخذ الباقى إن شاء أخذه بحصته من الثمن وإن شاء ترك، أما إذا كان النقصان نقصان وصف، فإن البيع لاينفسخ ولايسقط عن المشترى شئ من الثمن باعتبار أن الأوصاف لاحصة لها من الثمن، وهذا ما قال به الحنفية والشافعية على رأى، والقانون المدنى، يتفق مع هؤلاء الفقهاء فى انه يعطى للمشترى الخيار بين الفسخ أو إنقاص الثمن إذا كان الهلاك جسيماً، إلا أنه يختلف عن الفقه الإسلامى من عدة نواح، منها أنه لا يوجد فى القانون المدنى مثل هذا التفصيل المذكور لهؤلاء الفقهاء، ومن ناحية أخرى فإن العقد فى القانون المدنى لاينفسخ من تلقاء نفسه، بل لابد أن تحكم به المحكمة، أما فى الفقه الإسلامى فهو ينفسخ من تلقاء نفسه، ومن ناحية ثالثة اشترط القانون لطلب الفسخ جسامة الهلاك وهذا لم يشترطه أصحاب هذا الرأى من الفقهاء المسلمين.

٣- إذا كان الهلاك الجزئى قبل القبض بفعل البائع فعليه تقع تبعة الهلاك، وهذا محل اتفاق بين الفقه الإسلامى والقانون المدنى، ولكنهما يختلفان فى أن القانون المدنى يعطى للمشترى الحق فى التعويض عند التلف بالإضافة إلى حقه فى أن يكون مخيراً بين الفسخ، وإنقاص الثمن، أما الفقه الإسلامى يعتبر هذا التعويض ربا محرماً.

٤- أما إذا كان الهلاك الجزئى قبل القبض بفعل المشترى، فإن فقهاء القانون يتفقون مع الفقهاء المسلمين، فى أن تبعة هلاكه تقع على المشترى ويصبح الفسخ غير جائز، لأن الإنسان لايفيد من تبعة هلاكه.

٥- يتفق القانون المدنى مع الفقه الإسلامى أيضاً، فى أن تبعة الهلاك الجزئى بعد التسليم تقع على المشترى، وحينئذ لاينفسخ البيع، ويلتزم المشترى بأن يدفع الثمن كاملاً.

الفصل الثالث

هلاك العقار قبل التسجيل فى القانون المدنى

ويشتمل هذا الفصل على مبحث وحيد وهو مدى تطبيق القواعد العامة فى الهلاك على العقارات.

يخضع القانون المصرى البيع العقارى للتسجيل، بحيث لا تنتقل الملكية إلا بالتسجيل، سواء فيما بين المتعاقدين أو فى مواجهة الغير.

والسؤال الوارد فى هذا المقام، هو ماذا لو تسلم المشترى المبيع ثم هلك فى يده قبل التسجيل ؟ وماذا لو هلك فى يد البائع قبل التسليم وقبل التسجيل أيضاً ؟

إن القواعد العامة ترتبط تبعة الهلاك بالتسليم، لا بانتقال الملكية وإذا طبقنا هذه القواعد، تعين القول بانه إذا حدث الهلاك قبل التسليم فإن تبعة الهلاك تكون على البائع وبعد التسليم تقع تبعة الهلاك على المشترى، ويرتب البيع جميع الحقوق والالتزامات لكل من الطرفين، وإن كان غير مسجل.

وقد اختلف فقهاء القانون حول تطبيق القواعد العامة فى الهلاك على العقارات، وذلك على النحو التالى:

الرأى الأول: يرى أنه يشترط لانتقال تبعة الهلاك شرطان الأول: انتقال الملكية، **والشرط الثانى:** التسليم[1]، وقد أيد أصحاب هذا الرأى قولهم بالآتى:

([1]) د/سليمان مرقس الوافى فى شرح القانون المدنى ٣/٦٦٥، د/عبد الحى حجازى فى مقاله بمجلة القانون والاقتصاد ص ٤٩٨.

١- ان القانون المدنى المصرى، قد أخذ بمبدأ انتقال الملكية بمجرد التعاقد، ويترتب على ذلك أن انتقال الملكية، وانعقاد العقد سيحصلان فى وقت واحد، وحيث إن التسليم لابد أن يحصل بعد انعقاد العقد، فلابد أن يكون حاصلاً بعد انتقال الملكية.

٢- يفهم فى نص المادة ٤٣٧ من القانون المدنى الحالى، أن الشئ معين بالذات إذا لا هلاك فى الشئ المعين بنوعه، وإذا كان الشئ معيناً بالذات ومملوكاً للبائع فإن ملكيته تنتقل بمجرد التعاقد، ويترتب على ذلك حتماً أن يكون التسليم حاصلاً بعد انتقال الملكية، ضرورة أن التسليم سيكون حاصلاً بعد انتقال العقد.

٣٠- أن الشئ المبيع إما أن يكون معيناً بالذات، أو معيناً بالنوع، فإن كان معيناً بالذات، منقولاً كان أو عقاراً، فإن الملكية تنتقل فيه وقت العقد، وبذلك سيكون التسليم حاصلاً حتماً بعد انتقال الملكية[1]، وإن كان الشئ معيناً بالنوع، فإما أن يتعين بالتسليم أو بطريقة أخرى، فإن تعين بغير التسليم فإن الملكية تنتقل من تاريخ التعيين ثم يعقب ذلك تسليم الشئ، وإن حصل التعيين بالتسليم، فإن الملكية تنتقل من وقت التسليم، وبذلك يحصل التسليم وانتقال الملكية فى وقت واحد، يخلص من ذلك أن التسليم لابد أن يحصل بعد انتقال الملكية أو معه فى وقت واحد فى ظل هذا التعاصر بين انتقال الملكية وانعقاد، وفى ظل أسبقية انتقال الملكية على التسليم، أو تعاصرهما نص القانون فى المادة ٢٩٧ على أن الشئ يظل فى ضمان البائع حتى يحصل التسليم، يقصد من ذلك كما سبق القول أن لا يجعل من

---

(١) د/عبد الحى حجازى، ضمان الهلاك فىالقانون المصرى، مجلة القانون والاقتصاد صـ٤٩٧.

التسليم الشرط الوحيد لنقل الضمان من البائع إلىالمشترى، بل التسليم الحاصل بعد انتقال الملكية أو معه هو الذى يترتب عليه انتقال الضمان.

وبناء علىهذا الرأى ما الحكم لو هلك العقار بعد التسليم وقبل انتقال الملكية أو بعد انتقال الملكية بالتسجيل، وقبل التسليم ؟

وفقاً لهذا الرأى الذى يجعل الهلاك مرتبطاً بالتسليم، وبانتقال الملكية معاً، إذا هلك العقار بعد التسليم وقبل انتقال الملكية، أو بعد انتقال الملكية وقبل التسليم، فإن تبعة الهلاك تكون على البائع، ذلك أن القاعدة فى العقد التبادلى أن الهلاك يكون على المدين، الذى استحال عليه تنفيذ التزامه، سواء فى ذلك أكان مدنياً بالتسليم، أو بنقل الملكيةن وهذا يعنى أن القانون المدنى المصرى قد طبق هنا ضمان العقد، ولم يطبق ضمان الشئ[١].

دفع اعتراض:

يذكر الدكتور/عبد الحى حجازى[٢] اعتراضاً ثم يدفعه، حيث يقول ولكن قد يرد اعتراض فيما يتعلق بهلاك العقار بعد التسليم وقبل التسجيل، مؤداه أن البائع ليس له دخل فى عدم انتقال الملكية، بل المسئول عن ذلك هو قانون التسجيل الذى أدى إلى هذا الوضع، ثم يجيب عن ذلك بقوله، قد كان يمكن أن يجاب على ذلك بأن البائع وإن لم يكن له دخل فى عدم انتقال الملكية وفى استمراره مالكاً بعد العقد وبعد التسليم، إلا أنه قد يستفيد من مركزه فباعتبار أنه لايزال مالكاً أمام القانون يستطيع أن يبيع

---

(١) د/ عبد الحى حجازى المرجع السابق ص ٤٩٨.

(٢) د/عبد الحى حجازى المرجع السابق ص ٥٠٣.

العقار مرة ثانية إلى شخص آخر بثمن يعود عليه بالكسب بعد رد الثمن، ودفع التعويضات للمشترى الأول الذى لايستطيع وفقاً لقضاء محكمة النقض المصرية أن يبطل البيع، مما دعا الشراح المصريين إلى القول بأن قانون التسجيل يشجع على النصب دون عقوبة، ثم يرد رداً صريحاً بقوله: "كان يمكن أن نجيب بما تقدم على هذا الاعتراض لولا أن هذا لايكفى، فأمل البائع فى أن يبيع الشئ مرة ثانية، وأن يحصل له كسب من جراء هذا البيع، هذا الأمل لايمكن أن يقابله خسارته للشئ كله وثمنه، لهذا وجب القول بأن البائع لايسئل عن الهلاك بعد التسليم وقبل التسجيل، إلا إذا كان عدم انتقال الملكية راجعاً للبائع، كأن يطلب إليه المشترى التسجيل فيمتنع أو يتلكأ[1]".

الرأى الثانى: أن تبعة الهلاك تنتقل مع انتقال الحيازة لا مع انتقال الملكية، فإلى أن ينفذ البائع التزامه بالتسليم تظل تبعة الهلاك عليه، وبناء على هذا الرأى إذا هلك المبيع قبل التسليم وقبل تسجيل البيع كان هلاكه على البائع، وإذا هلك بعد التسليم وبعد تسجيل البيع كان هلاكه على المشترى، أى أن العبرة فى تحمل تبعة الهلاك بالتسليم، وإذا كان المبيع عقاراً فإن هلك بعد التسليم وقبل التسجيل فهلاكه على المشترى، وإن هلك العقار بعد التسجيل وقبل التسليم فهلاكه على البائع رغم انتقال الملكية بالتسجيل، فالعبرة بالتسليم الذى يتم به نقل الحيازة، لا بالتسجيل الذى يتم به نقل الملكية[2]، لذا يقول د/محمد على عمران "وتنتقل تبعة الهلاك إلى المشترى متى انتقلت حيازة المبيع ولو لم تكن الملكية قد انتقلت فعلاً،

---

(1) د/ عبد الحى حجازى المرجع السابق ص ٥٠٣.

(2) د/السنهورى الوسيط ٦١٣/٤، د/خميس خضر المرجع السابق ص ١٩٣.

ويتحقق ذلك إذا كان المبيع عقاراً وانتقلت حيازته إلى المشترى، دون أن يكون سجل عقدة فعليه لا على البائع تقع تبعة الهلاك[1].

الرأى الراجح:

وبعد عرضنا لهذين الرأيين، نرى ترجيح الرأى الثانى، الذى يربط تبعة الهلاك بالتسليم لا بانتقال الملكية، وبناء عليه: إذاهلك المبيع قبل التسليم فإن تبعة هلاكه تكون على البائع، يستوى فى ذلك أن يكون عقد البيع سجل أم لا ؟، وتنتقل تبعة الهلاك إلى المشترى بالتسليم، سواء سجل العقد أيضاً أم لا، ونستند فى ترجيحنا لهذا الرأى إلى الأدلة الآتية:-

١- أن المشرع الوضعى فى المادة ٤٣٧ قد ربط صراحة بين تبعة الهلاك، والتسليم بحيث تربط تحمل التبعة مع التسليم وجوداً وعدماً.

٢- أن المذكرة الإيضاحية للمشرع التمهيدى صريحة فى عدم التلازم بين انتقال الملكية وضمان الهلاك فهى تقول: "ويتبين من ذلك أن تبعة الهلاك تنتقل مع انتقال الحيازة، لامع انتقال الملكية، فلو هلك المبيع قبل التسليم وقبل تسجيل البيع كان هلاكه على البائع، أما بعد التسليم وقبل تسجيل البيع فهلاكه على المشترى، وإذا هلك قبل التسليم وبعد تسجيل البيع فهلاكه على البائع، أما إذا هلك بعد التسليم وقبل تسجيل البيع فهلاكه على المشترى"[2].

---

(1) د/ محمد على عمران الوجيز فى شرح أحكام عقد البيع ص ٢٢٩، ٢٣٠، وفى نفس المعنى ينظر د/محمد حسن قاسم الموجز فى عقد البيع ص ٢٦١.

(2) المذكرة الإيضاحية ٤/٧٥، د/عبد المنعم البدراوى ص ٤٣٣.

٣- إن الأستاذ الدكتور عبد الحى حجازى يقول: "يقصد من ذلك كما سبق القول أن لايجعل من التسليم الشرط الوحيد لنقل الضمان من البائع إلى المشترى، بل التسليم الحاصل بعد انتقال الملكية أو معه هو الذى يترتب عليه انتقال الضمان" غير أن الواقع غير ذلك فقد يتم بيع العقار وتسليمه قبل انتقال الملكية بالتسجيل، ومن جهة أخرى قد تنتقل ملكية العقار بالتسجيل، ثم يتم التسليم بعد ذلك بوقت غير قليل، وهذا يؤيد ما رجحناه من أن تبعة هلاك المبيع لا تلازم بينها وبين الملكية، بل إنها ترتبط بالتسليم، فقبل التسليم تقع تبعة الهلاك على البائع سواء تم التسجيل أو لا؟ وبعد التسليم تنتقل تبعة الهلاك إلى المشترى سواء سجل البيع أو لا.

الفصل الرابع

الجوائح وأثرها فى الفقه الإسلامى

تمهيد:

تحدثنا فيما سبق عمن يتحمل تبعة الهلاك إذا حدث بسبب أجنبى، وما ينبغى ملاحظته هو أن فقهاء المسلمين يستخدمون عبارة الآفة السماوية قاصدين بها الحوادث التى لا يكون للمدين دخل فى حدوثها، وهو المقصود بالسبب الأجنبى لدى فقهاء القانون، ومن أبرز تطبيقات الآفة السماوية ما يسمى بالجائحة فى الفقه الإسلامى والتى قال بهال كل من فقهاء المالكية والحنابلة، ولذا فإننا نبين المقصود بالجوائح ثم نقسم هذا الفصل إلى ثلاثة مباحث الأول "كيفية وضع الجوائح من الثمار، الثانى "حكم الجوائح فى المذهب المالكى"، الثالث " حكم الجوائح فى المذهب الحنبلى.

المقصود بالجوائح:

يقصد بالجائحة فى اللغة الاستئصال من الاجتياح جاحتهم السنة جوحا وجياحة وأجاحتهم واجتاحتهم استأصلت أموالهم .. والجوح والجائحة: الشدة والنازلة العظيمة التى تجتاح المال من سنة أو فتنة، وكل ما أستأصله فقد جاحة واجتاحه، وروى الأزهرى عن الشافعى قال جماع الجوائح كل ما اذهب الثمر أو بعضها من أمر سماوى بغير جناية آدمى(١)، وفى مختار الصحاح جاح الشئ استأصله ومنه الجائحة، الشدة

---

(١) لسان العرب مادة جوح ١/١١٩ دار المعارف.

التى تجتاح المال من سنة أو فتنة، يقال (جاحتهم) الجائحة، واجتاحهم، وأجاح الله ما له من باب قال: أيضاً وأجاحه بمعنى أهلكه بالجائحة، أما المقصود بالجائحة فى الاصطلاح فهى كل شئ لا يستطاع دفعه عادة من أمر سماوى كبرد وثلج وغبار، وسموم أى ريح حار وجراد وفأر، ونار ونحو ذلك(١)، وعرفها ابن عرفة من المالكية بأنها: "ماأتلف من معجوز عن دفعه عادة قدراً من ثمر أو نبات بعد بيعه(٢)"، وعرفتها الحنابلة بأنها "كل آفة لا صنع للآدمى فيها كالريح والبرد والجراد والعطش(٣)".

---

(١) الشرح الصغير لسيدى أحمد الدردير ٣/٩٨، حاشية الرهونى على الزرقانى ٥/٢٣٤ الناشر دار الفكر.

(٢) الشرح الكبير وحاشية الدسوقى عليه ٣/١٨٢.

(٣) المغنى لابن قدامة ٤/٤٣٩.

المبحث الأول

كيفية وضع الجوائح من الثمار

اختلفت الفقهاء فـى الثمـرة إذا بيعت بعد بـد وصلاحهـا، وسلمها البائع إلى المشترى، أى خلى بينه وبينها ثم تلف الثمـرة قبل أوان الجـذاذ بآفة سماوية. فهل توضع الجائحة، وعلى من يكون ضمانها ؟

الرأى الأول: وهذا الرأى لايقول بوضع الجوائح على سـبيل الوجـوب بـل يستحب ذلك، ويرى أنها من ضمان المشـترى، وقد قـال بهذا الـرأى أبـو حنيفة، والشافعى فى قوله الجديد، والليث بن سعد وغيرهم[1].

الأدلة: استدل هؤلاء الفقهاء بأن الجائحة مـن ضمـان المشترى ولا يجـب وضعها عنه بل يستحب بالآتى:

١- ما رواه مالك عن أبى الرجال محمد بن عبد الرحمن عن أمـه عمـرة بنت عبد الرحمن أنه سمعتها تقول :" ابتـاع رجل ثمـر حـائط فـى زمـان رسول الله ﷺ فعالجه وقام فيه حتى تبين له النقصـان، فسـأل رب الحـائط أن يضـع لـه، أو أن يقبلـه فحلـف أن لا يفعل، فذهبـت أم المشــترى إلــى رسول الله ﷺ فذكرت ذلك له، فقال رسـول اللـه ﷺ: " تـألى فـلان أن لا

(¹) نهاية المحتاج ومعه حاشية المغربى، والرشـيدى ١٥٣/٤، ١٥٤ الناشـر مصطفـى البابى الحلبى جاء فيه: " ولو عرض مهلك أو تعيب بعدها ... فالجديد أنه مـن ضمـان المشترى"، وفى نفس المعنى ينظر الحاوى الكبير للماوردى ٢٤٦/٦، قليوبى وعميـرة ٢٣٦/٢ الناشر محمد على صبيح، الأم ٥٧/٣، الناشر دار المعرفة بيروت - لبنان - جاء فيه:" وإذا اشترى الرجل الثمرة فخلا بينه وبينها فأصابتهـا جائحـة. فـلا نحكـم لـه على البائع أن يضع عنه من الثمن شيئا، وينظر للأحناف البدائع ٢٦٦/٥.

يفعل خيرا " فسمع ذلك رب الحائط فأتى رسول الله ﷺ فقال يارسول الله هو له "[1] فهذا الحديث يدل على عدم وجوب وضع الجوائح، لأن النبى ﷺ لم يرغم البائع على ان يتحمل شئ مما أذهبته الجائحة، فدل ذلك على أنه مندوب لا واجب.

٢- أخبرنا أبو عبد الله الحافظ، ثنا أبو العباس محمد بن يعقوب، ثنا بحر بن نصر الخولانى، ثنا عبد الله بن وهب، أخبرتنى عمرو بن الحارث عن بكير بن الأشج عن عياض بن عبد الله، عن أبى سعيد الخدرى قال أصيب رجل فى عهد رسول الله ﷺ فى ثمار ابتاعها فكثر دينه فقال رسول الله ﷺ تصدقوا عليه، فم يبلغ ذلك وفاء دينه، فقال رسول الله ﷺ: "خذوا ما وجدتم وليس لكم إلا هذا"[2].

فهذا الحديث يدل أيضاً على عدم وجوب وضع الجوائح لأمر النبى ﷺ بالتصدق عليه، فلو أن الجوائح مضمونة على المشترى لما أحوجه إلى الصدقة.

٣- أن الثمرة تصير مقبوضة على رؤوس نخلها بالتمكين والتخلية، بدليل أن للمشترى بيعها بعد التمكين منها، ولو لم تكن مقبوضة لم يجز، وما تلف بعد القبض كان من ضمان المشترى، دون البائع، ومن جهة أخرى فإن ما كان مضموناً على المشترى فيما دون الثلث كان مضموناً عليه فيما زاد على الثلث.[3]

---

(1) السنن الكبرى للبيهقى ٣٠٥/٥ ط. دار المعرفة بيروت لبنان.

(2) أخرجه مسلم فى المسافة جـ ١٠ ص ١٨٠ رقم: ١٥٥٦ الناشر دار الفكر، كما أخرجه الترمذى جـ٣ ص: ٤٤ رقم: ٦٥٥ والإمام أحمد فى مسنده ٣٦/٣ الناشر دار الفكر.

(3) الحاوى الكبير ٢٤٨/٦.

وأما ما روى عن رسول الله ﷺ أنه أمر بوضع الجوائح فالجواب عليه من وجوه أحدهما ما قال الشافعي من أنه حديث معلول لايصح الاحتجاج به، لأن سفيان وهنة ....، والجواب الثاني وهو قول ابن إسحاق أنه محمول على وضع الجوائح في بيع السنين المقترن به، وما في معناه من بيوع الثمار الفاسدة، والجواب الثالث لبعض المتأخرين من الشافعية وهو أن أمره بوضع الجوائح محمول على وضعها عن البائع دون المشترى، لأنه يحتمل الآمرين وليس أحدهما أولى من الأخر[1].

الرأى الثاني: يرى أن الجائحة من ضمان البائع ويجب وضعها عن المشترى، وقد قال بهذا الرأى الشافعي في القديم[2] والمالكية والحنابلة[3] لما رواه مسلم في صحيحه عن جابر أن النبي ﷺ أمر بوضع الجوائح، وفي راوية أخرى قال رسول الله ﷺ : " لو بعت من أخيك ثمراً فأصابته جائحة، فلا يحل لك أن تأخذ منه شيئاً، بم تأخذ مال أخيك بغير حي "[4].

ومما سبق يتضح لنا أن المذهبين المالكي والحنبلي هما اللذان قالا بوضع الجائحة، وهذا ما يستدعى تفصيل حكم الجوائح في كل منهما.

---

(1) لحاوى الكبير ٢٤٩/٦.

(2) نهاية المحتاج ١٥٣/٤، الحاوى الكبير ٢٤٦/٦ حيث جاء فيه:" كان الشافعي في القديم يذهب إلى أنها من ضمان بائعها"

(3) الشرح الصغير ٩٧/٣، والكافي على مذهب الإمام أحمد ٥٣/٢. دار إحياء الكتب العربية.

(4) صحيح مسلم بشرح النووي جـ ١٠ ص: ١٧٨ ، ١٧٩ رقم: ١٥٥٤. دار الفكر للطباعة والنشر، والسنن الكبرى للبيهقي ٣٠٦/٥، سبل السلام ٨٦٣/٣ رقم: ٨٠٣ الناشر مكتبة عاطف كما رواه أبو داود ٢٥٤/٣ رقم: ٢٢١٩، دار إحياء التراث العربي كما جاء الحديث في كتاب نيل الأوطار للشوكاني ١٧٧/٥ مكتبة دار التراث.

المبحث الثانى

حكم الجوائح فى المذهب المالكى

هل تكون الجائحة من صنع الآدميين أم لا ؟

اختلف المالكية فى ذلك إلى رأيين:

الرأى الأول: يرى أن الجائحة لا تكون إلا فى الأمور السماوية فقط أما فعل الآدمى فليس بجائحة، واستدلوا بظاهر الحديث الذى يقول فيه رسول الله ﷺ:" أرأيت إذا منع الله الثمره فبم يأخذ أحدكم مال أخيه"(١)، ولأن فعل الآدمى يمكن دفعه لوو علم به والجائحة ما أتلف من معجوز عن دفعه.

الرأى الثانى: يرى أن الجائحة يمكن أن تكون من صنع الآدميين، فقد جاء فى البهجة فى شرح التحفة، وكل ما لايستطاع دفعه فهو جائحة، كما جاء فى شرح التاودى على البهجة (والجيش معدود من الجوائح لأنه لايستطاع دفعه -- وكالعدو الكاشح رأى المضمر للعداوة(٢)).

---

(١) فتح البارى شرح صحيح البخارى ٤/٤٦٥ رقم: ٢١٩٨، المنتقى شرح الموطأ ٤/٢٣٢ ، ٢٣٣.

(٢) البهجة فى شرح التحفة، وبالهامش شرح التاودى ٢/٣٣ ط. مصطفى الحلبى، المدونة الكبرى ١٢/٣٧ جاء فيها: "ارأيت الجراد هو جائحة فى قول مالك أم لا ؟ قال الجراد جائحة عند مالك"، الشرح الصغير للدردير ٣/٩٨ جاء فيها:" وفى السارق خلاف قيل ليس بجائحة لأنه لا يستطاع دفعه بالحراسة منه وهو قول ابن القاسم فى الموازنة وعليه الأكثر، وقيل من الجائحة وهو قول فى المدونة ..... ومحل الخلاف إذا لم تعلم عينه وإلا اتبعه مشترى.

المقدار الذى يجب فيه الجائحة وكيفية إنقاص الثمن:

١- **الثمار:** المقدار الذى تجب فيه الجائحة فى الثمار هو الثلث، فإن نقصت عن الثلث فلا يوضع شئ عن المشترى من الجائحة، كما يشترط أن تفرد الثمرة بالشراء دون أصلها، أو ألحق أصلها بها، أما فى حالة شراء الأصل دون الثمر أو الحق الأصل بالثمر فلا جائحة فيها ومصيبته من المشترى[١] ومحل وضع الجائحة إذا بلغت الثلث فأكثر إنما هو إذا أصيبت بغير العطش، أما بالعطش فيوضع مطلقاً، وإن قل المجاح مالم يكن تافها لا بال له، وذلك لأن سقيها على البائع فأشبه ما فيه حق توفيه[٢].

البقول: أما البقول فقد اختلف فيها المالكية إلى رأيين:

الأول: يرى أن البقول كالثمرة، ويشترط فيها أن تبلغ الثلث فصاعدا[٣].

الثانى: يرى أن جائحة البقول توضع وإن قلت عن الثلث سواء كانت جائحتها من العطش أو غيره.

والخلاصة:

أن الجائحة من العطش توضع وإن قلت عن الثلث سواء كان المجاح ثماراً أم بقلا، وإن كانت من غير العطش فإن كان المجاح بقلاً وضعت، وإن كان المجاح ثماراً وضعت إن بلغت الثلث، فليس البقول

---

(١) الشرح الصغير ٩٧/٣ جاء فيه: "محل وضعها عن المشترى إن أصابت الجائحة الثلث وأفردت الثمرة بالشراء...."

(٢) حاشية الدسوقى على الشرح الكبير ١٨٤/٣ جاء فيه: " وتوضع الجانحة الحاصلة من العطش وإن قلت، لأن سقيها على البائع فأشبهه ما فيه حق توفيه.

(٣) التلقين فى الفقه المالكى ص ١١٢ الناشر بيروت لبنان جاء فيه :" .. والصحيح فى البقول أنها كالثمرة.

كالثمار لأن البقول لما كانت تجذ أولاً فأولا لم ينضبط قدر ما يذهب منها(١).

كيفية حساب الثلث:

في المذهب المالكي رأيان في كيفية حساب الثلث:

الرأي الأول لابن القاسم: وهو يرى أن يحسب ثلث الثمار بالكيل أولا: فإذا بلغت الخسارة هذا المقدار من الكيل، فإن كانت الثمار نوعاً واحداً لا تختلف قيمة بطونه حط من الثمن الثلث أو أكثر بمقدار الخسارة وإن كانت الثمار أنواعاً كثيرة مختلفة القيم، أو كانت بطوناً مختلفة القيم بحسب وقت جنيها اعتبرت قيمة الثلث التالف من قيمة الجميع.

الرأي الثاني لأشهب: وهو يعتبر الثلث في القيمة، فإذا ذهب من الثمر ما قيمته الثلث، سواء أكان ثلثاً في الكيل أو أقل أو أكثر، وضع عنه الثلث من الثمن(٢).

- إذا اشترى شخص أجناساص مختلفة، فأجيح جنس من الأجناس ثم أو أجيح بعض من كل جنس، أو جنساً وبعض جنس آخر .. ؟ **فما حكم ذلك في المذهب المالكي ؟**

---

(١) الشرح الصغير ٩٨/٣، ٩٩ دجاء فيه:"(كالبقول) كالخس والكزبرة ... فيوضع قليل ما أجيح منه وكثيرة، الشرح الكبير، وحاشية الدسوقي عليه ١٨٥/٤، ١٨٦، حاشية الصاوي على الشرح الصغير ٨٨/٢.

(٢) الكافي لابن عبد البر ص ٣٣٤، دار الكتب العلمية بيروت لبنان. حاشية الصاوي على الشرح الصغير ٨٨/٢ جاء فيهال:" .. فلا فرق بين كون المبيع صنفاً واحداً، أو صنفي نوع بيعاً معاً فأجيح واحد منهما، فإنها توضع إن بلغت ثلث مكيلة الجميع كما رواه ابن المواز عن مالك وابن القاسم .. فالأشهب القائل باعتبار ثلث القيمة إن تعدد الصنف، بداية المجتهد ١٨٨/٢ العاشر مصطفى البابي الحلبي جاء فيه:" .. وابن القاسم يعتبر ثلث الثمر بالكيل وأشهب يعتبر الثلث في القيمة.

إذا حدث ذلك فإن الجائحة توضع عن المشترى إذا توافر شرطان:

الشرط الأول: أن تبلغ قيمة الجنس الذى حصلت فيه الجائحة ثلث قيمة الجميع كأن يكون قيمة الجميع ١٥٠، وقيمة المجاح ٥٠ فتوضع قيمة الثلث.

الشرط الثانى: أن تكون الجائحة من الجنس الذى حصلت فيه ثلث ميكلته فأكثر فإن عدما أو أحدهما، أو أصابت الجائحة الثمرة بعد تناهى طيبها فإنها لا توضع[١].

شروط وضع الجائحة:

لاتوضع الجائحة إلا إذا توافر شروط ثلاثة:

الشرط الأول: أن تصيب الجائحة الثلث فأكثر أى ثلث مكيلة المجاح ثمراً، أو ثلث الوزن او العدفى موزون أو معدود.

الشرط الثانى: أن يتبقى على رؤوس الشجر لينتهى طيبها، فإن تركت لا لذلك فلا جائحة فيها.

الشرط الثالث: أن تفرد الثمرة بالشراء دون أصلها، أو ألحق أصلها فى الشراء بها، أما إذا تم شراء أصلها أولاً ثم ألحقت الثمرة به، أو اشتراهما معا فى عقد، فلا جائحة فيها، ومصيبته من المشترى[٢].

---

(١) حاشية الدسوقى ٣/١٨٦ جاء فيه: " وإن اشترى أجناساً مختلفة فأجيح بعضها .. وضعت بشرطين الأول: إن بلغت قيمته ثلث الجميع ...، والشرط الثانى: وأجيح منه ثلث مكيلته.

(٢) الشرح الصغير ٣/٩٧ جاء فيه:" وتوضع جائحة الثمار .. إن أصابت الثلث، وأفردت بالشراء أو ألحق أصلها بها، لا عكسه أو معه .. مختصر خليل ص ٢١٣ الناشر دار إحياء الكتب العربية، حاشية الدسوقى ٣/١٨٣، ١٨٤.

المبحث الثالث

حكم الجوائح فى المذهب الحنبلى

هل الجائحة فى المذهب الحنبلى تكون فى الأمر السماوى فقط أم تتعداه إلى غيره؟

الجائحة فى المذهب الحنبلى هى (ما لا صنع لآدمى فيها)[1] ومن هذا التعريف يتبين لنا أن الجائحة لا تكون إلى فى الأمر السماوى، فإن أتلفها آدمى فالمشترى بالخيار بين الفسخ والرجوع بالثمن وبين الإمساك ومطالبة المتلف بالقيمة[2]، ويترتب على ذلك أن ما أحرقه اللصوص أو نهبه العساكر ليس بجائحة بل إنه من مال المشترى لأنه يمكنه من أن يتبع الآدمى بالغرم، وهذا أحد الوجهين عند الحنابلة والوجه الثانى أنه جائحة[3].

حكم ما تهلكه الجائحة فى المذهب الحنبلى:

إن ما تهلكه الجائحة من الثمار من ضمان البائع[4] فى المذهب الحنبلى ويدل على ذلك ما يأتى:

---

(1) الكافى فى الفقه على مذهب الإمام أحمد ٥٣/٢ الناشر دار إحياء الكتب العربية جاء فيه.

(2) الكافى ٢/٣ جاء فيه:" فإن أتلفها آدمى فالمشترى بالخيار بين الفسخ والرجوع بالثمن، وبين الإمساك ومطالبة المتلف بالقيمة، وفى نفس المعنى المعنى لابن قدامة ٤٣٩/٤.

(3) المبدع ١٧٠/٤ المكتب الإسلامى جاء فيه : ط إلا أن فى إحراق اللصوص ونهب العساكر والحرامية وجهين وجزم فى الروضة بأنه هنا من مال المشترى لأنه يمكنه أن يتبع الآدمى بالغرم.

(4) كشاف القناع ٢٨٤/٣ الناشر دار الفكر جاء فيه :" وإن تلفت الثمرة المبيعة دون أصولها قبل بدو صلاحها .. أى الثمر بائع.

١- روى مسلم في صحيحه عن جابر أن النبي ﷺ أمر بوضع الحوائج، وفي رواية أخرى: "إن بعت من أخيك تمراً فأصابته جائحة فلا يحل لك أن تأخذ منه شيئاً، لم تأخذ مال أخيك بغير حق"(١).

٢- ولأن الثمرة على الشجر كالمنافع في الإجارة تؤخذ شيئاً فشيئاً، فلو تلفت المنافع قبل استيفائها كانت من ضمان المؤجر، كذلك فإن الثمرة في شجرها كالمنافع قبل استيفائها توجد حالاً فحالاً، فلو تلفت فإن ضمانها على البائع.(٢)

المقدار الواجب وضعه في الجائحة عند الحنابلة:

اختلف الحنابلة حول المقدار الواجب وضعه في الجائحة إلى رأيين:

الرأي الأول: أنه لا يشترط الثلث في الجائحة، وهو ظاهر المذهب، وبناء على هذا الرأي لا فرق بين قليل الجائحة وكثيرها إلا أن يكون التالف يسيراً جرت العادة بتلف مثله(٣)، وقد استدل أصحاب هذا الرأي بما يأتي:

١- أن الشرع أمر بوضع الجوائح ولم يجعل حداً، فوجب رده إلى ما يتعارف الناس.(٤)

٢- ولأن هذه الثمرة لم يتم قبضها، فكان ما تلف منها من مال البائع وإن كان قليلاً.

---

(١) سبق تخريج هذا الحديث.

(٢) المغني لابن قدامة ٤/٤٣٩ جاء فيه" .. ويلزم من إباحة التصرف تمام القبض ..."

(٣) الكافي ٢/٥٣ جاء فيه " وظاهر المذهب إنه لا فرق بين القليل والكثير".

(٤) المغني لابن قدامة ٤/٤٣٩.

٣- إذا ثبت هذا فإنه إذا أتلف شئ له قدر خارج عن العادة وضع من الثمن بقدر الذاهب، فإن تلف الجميع بطل العقد ويرجع المشترى بجمع الثمن(١).

الرأى الثانى: وهذا الرأى يشترط الثلث فى الجائحة فما كان دون الثلث فمن ضمان المشترى وهو مذهب مالك والشافعى فى القديم، وقد استدل هؤلاء على رأيهم بالآتى:

١- ان الثمرة لابد من تلف شئ منها. فلا بد من حد فاصل.

٢- إن الثلث يصلح ضابطاً لأن الشرع قد اعتبره فى مواضع منها الوصية.

٣- ولأن الثلث فى حد الكثيرة وما دونه فى حد القلة بدليل قول النبى ﷺ فى الوصية: "الثلث والثلث كثير"(٢).

---

(١) المغنى لابن قدامة ٤/٤٣٩ "إذا ثبت هذا فإنه إذا تلف شئ له قدر خارج عن العادة وضع من الثمن.

(٢) روى مسلم فى صحيحة بشرح النووى ١١/٦٨، ٦٩ روى عن مصعب بن سعد عن أبيه قال مرضت فأرسلت إلى النبى ﷺ قلت دعنى أقسم مالى حيث شئت فأبى قلت فالنصف فأبى قلت فالثلث قال فكسن بعد الثلث كما روى هذا الحديث بسند مختلف عن ثلاثة من ولد سعد كلهم يحدث عن أبيه أن النبى ﷺ دخل على سعد يعوده. بمكه فبكى فقال ما يبكيك قال: خشيت أن أموت فى الأرض التى هاجرت منها كما مات سعد بن خولة فقال النبى ﷺ اللهم اشف سعدا ثلاث مرات قال يارسول الله إن لى مالا كثيراً وإنما يرثنى ابنتى أفاوصى بماله كله قال لا، قال بالثلثين قال لا، قال فالنصف قال لا، قال بالثلث والثلث كثير .. الحديث.

الحكم إذا تلفت الثمرة أوان الجذاذ ولم يجدها المشترى:

فإن بلغت الثمرة أوان الجذاذ فلم يجدها حتى اجتيحت فلا يوضع عنه شئ لأنه مفرط بترك النقل فى وقته مع قدرته عليه فكان الضمان عليه. ولو اشترى ثمرة قبل بدو صلاحها بشرط القطع فأمكنه قطعها فلم يقطعها حتى تلفت فهى من ضمانه لأنها تلفت بتفريطه، وإن تلفت قبل إمكان قطعها فهى من ضمان بائعها[1].

مقارنة بين حكم الجوائح فى كل من المذهبين المالكى والحنبلى:

من خلال عرضنا لحكم الجوائح فى كل من المذهبين المالكى والحنبلى نلاحظ الآتى:

١- يتفق المذهبان فى وجوب إنقاص الثمن للجائحة بناء على أن بيع الثمر قائمة على الأشجار وإن خلى البائع بينهما وبين المشترى لا تكون التخلية قبضاً كاملاً فحكم الهلاك بالجائحة فى هذه الحالة هو حكم الهلاك قبل القبض فيكون على البائع، وكما يلاحظ أن كلا المذهبين يتفقان فى وقت إصابة الثمر باجائحة وهو الوقت الذى يحتاج فيه إلى تبقية الثمر على رءوس الشجر حتى يستوفى طيبة.

٢- يختلف المذهب المالكى مع أحد الرأيين فى المذهب الحنبلى بالنسبة للمقدار الذى توضع فيه الجائحة، إذ هو الثلث باتفاق فى المذهب المالكى

([1]) المغنى لابن قدامة ٤/٤٣٩: ٤٤٠.

أما فى المذهب الحنبلى فظاهر المذهب لا يتفق مع المذهب المالكى[1] بل يرى أنه لا فرق بين قليل الجائحة وكثيرها، وفيه رواية أخرى أن ما دون الثلث من ضمان المشترى وهو ما يتفق مع المذهب المالكى.

٣- كذلك يختلف المذهبان المالكى والحنبلى فى حقيقة الجائحة فالجائحة فى المذهب الحنبلى كل آفة لا صنع للآدمى فيها، وهو ما يتفق مع أحد الرأيين فى المذهب المالكى، أما الرأى الآخر الذى أكثر عليه الفقهاء فيرى أن الجائحة كما تكون فى الأفة السماوية يمكن أن تكون من صنع الآدميين، وهو ما يختلف عن المذهب الحنبلى.

الرأى الراجح: من خلال عرضنا لآراء الفقهاء فى وضع الجوائح عرفنا أن هناك رأيين رأى يقول بأن الجائحة لا توضع عن المشترى، ورأى يقول بوضعها عنه، والراجح هو الرأى الثانى لقوة الأدلة التى استندوا بها وخاصة ما روى عن النبى ﷺ أنه أمر بوضع الجوائح، ولأن الثمرة لم تتم قبضها فكان ما تلف منها من مال البائع، وإن قل.

---

(١) تبين المسالك شرح تدريب المسالك إلى أقرب المسالك للعلاقة، عبد العزيز أحمد آل مبارك الإحسائى شرح الشيخ محمد الشيبانى بن محمد الشقيطى ٣/٤٣٤ الناشر دار الغرب الإسلامى.

خاتمة

أهم نتائج البحث

أولاً: المقصود بالهلاك فى الفقه الإسلامى:

فناء مادة الشئ بحيث لا يصلح للانتفاع به انتفاعاً مقصوداً، وهذا ما يتفق فيه فقهاء القانون مع فقهاء المسلمين، كما يتفق الجانبان فى أن أسباب الهلاك قد ترجع إلى فعل أحد طرفى العقد، وقد ترجع إلى فعل شخص أجنبى، أو إلى الآفة السماوية أو ما يعبر عنه فى القانون بالقوة القاهرة أو الحادث المفاجئ، كذلك يتفق فقهاء القانون مع فقهاء المسلمين فى أن ضياع الشئ أو فقده يأخذ حكم الهلاك، وفى أن الشئ إذا تلف كلياً، سمى هلاكاً كلياً، وإذا تلف جزء منه سمى هلاكاً جزئياً.

ثانياً: يعد التسليم من مقتضيات عقد البيع:

ومن أهم التزامات البائع تجاه المشترى، وهذا ما يتفق فيه القانون المدنى مع الفقه الإسلامى كما يتفقان فى أن الالتزام بالتسليم متفرع عن الالتزام بنقل الملكية، لأن الملك ما ثبت لعينه وإنما هو وسيلة إلى الانتفاع بالمملوك وهذا ما لا يتم إلا بالتسليم.

ثالثاً: قد يكون التسليم حقيقياً وقد يكون حكمياً: وهذا ما لا يختلف فيه القانون المدنى عن الفقه الإسلامى، كما يتفق القانون المدنى مع الفقه الإسلامى فى كيفية تسليم العقار، إذ يتم تسليمة فى كليهما بالتخلية وهى من صور التسليم الحكمى، أما عن كيفية تسليم المنقول، فإن القانون المدنى يتفق مع الفقه الإسلامى فى كيفية تسليمه فى الجملة، ويتميز الفقه

الإسلامى فى أنه اشتمل على تفصيلات لا يوجد ما يقابلها فى القانون المدنى، وذلك لأن الفقه الإسلامى فرق بين المنقول المثلى، والمقول القيمى أى بين كيفية التسليم فى كل منهما، فالمثلى يتم تسليمه بالوزن فيما يوزن، وبالكيل فيما يكال، والعد فيما يعد، وهذا رأى جمهور الفقهاء، أما المنقول القيمى فإن تسليمه يتم بالتخلية على رأى البعض، أو حسب العرف الجارى على رأى البعض الآخر، وإن كان فقهاء الزيدية والإمامية يرون أن التسليم فى العقار والمنقول إلى المشترى بالتخلية، أما فى القانون فإن التسليم يتم بالمناولة من البائع إلى المشترى وقد يتم بطريقة رمزية كسندات الشحن.

ومما سبق تبين لنا أن الفقه الإسلامى عرض لكيفية التسليم بصورة أكثر عمقاً من القانون المدنى وإن كانا يتفقان فى الجملة على نحو ما وضحناه.

رابعاً: من خلال عرضنا السابق لمسألة تحمل الهلاك فى البيع البات تبين لنا أن هناك اتجاهين رئيسيين فى الفقه الإسلامى يتنازعان مسألة من من المتعاقدين يتحمل تبعة الهلاك بآفة سماوية أو بسبب أجنبى على حد تعبير القانون.

الاتجاه الأول: قال به الحنفية والشافعية وهم يرون أن القبض هو المعيار فى تحديد من يتحمل تبعة المخاطر فى البيع الصحيح اللازم وبناء على هذا الاتجاه، فإذا هلك المبيع قبل قبض المشترى له بسبب أجنبى فإن تبعة هلاكه تكون على البائع، وهذا يعنى براءة ذمة البائع من التزامه بالتسليم وبراءة ذمة المشترى من دفع الثمن، وبذلك يعود المتعاقدان إلى الحالة التى كانا عليها قبل التعاقد، أما فى حالة هلاك المبيع بسبب أجنبى أو آفة

سماوية بعد قبض المشترى لـه، فـإن تبعـة هلاكـه تكـون علـى المشـترى، وحينئذ يلتزم بدفع الثمن إلى البائع.

الاتجاه الثانى: قال به المالكية والحنابلة والظاهرية، وهـم يـرون أن العقـد هو المعيار فى تحديد من يتحمل تبعـة الهـلاك فـى البيـع الصـحيح الـلازم وبناء على هذا الرأى فإنه بمجرد انعقاد العقد الصحيح اللازم تكـون تبعـة الهلاك بسبب أجنبى أو آفة سماوية على المشترى، سـواء حـدث الهـلاك قبل قبض المشترى أو بعده، فلا أثر للقبض طبقـاً لهـذا الـرأى فـى تحديـد المسئولية عن تبعة الهلاك. وبالمقارنة بين ما قال به فقهاء الإسلام، وبيـن القانون المدنى المصرى والفرنسي، نجد أن القانون المدنى المصرى تـأثر برأى الحنفية والشـافعية، وتبنـى اتجـاههم، حيـث ربـط بيـن تحمـل التبعـة والتسليم أو القبض، فإذا هلك المبيـع قبـل التسـليم فـإن تبعـة هلاكـه تكـون على البائع أى يتحمل تبعة استحالة التنفيذ، وحينئذ لايطالب المشترى بدفع الثمن وإذا هلك بعد التسليم انتقلت تحمل تبعة الهلاك إلـى المشـترى، ولـذا نصت المادة ٤٣٧ من التقنين المدنى على أنه "إذا هلك المبيع قبل التسـليم لسبب لايد للبائع فيه، انفسـخ البيـع واسـترد المشـترى الثمـن، إلا إذا كـان الهلاك بعد اعذار المشترى لتسليم المبيع" أما القانون المدنى الفرنسـى فقـد تبنى الاتجاه الـذى قـال بـه المالكيـة والحنابلـة والظاهريـة فـى ربـط تبعـة الهلاك بالملكية لا بالتسليم.

خامساً: يتفق القانون المدنى مـع الفقـه الإسـلامى فـى حالـة هـلاك المبيـع بفعل أحد المتعاقدين، حيث يتحمل المخطئ منهما تبعة هلاكـه فيكـون مـن تسبب فى هلاك المبيع هو المسئول عن هذا الهلاك، إلا أن القانون المدنـى يختلـف عن الفقه الإسلامى، فى أنه يعطى للمشـترى الحـق فـى التعويـض

بالإضافة إلى طلب الفسخ واسترداد الثمن، وذلك فى حالة هلاك المبيع بفعل البائع، فى حين الفقه الإسلامى وفقاً للرأى الراجح فيه لا يقر هذا التعويض الذى يقول به القانون المدنى بل يعطى المشترى الخيار بين فسخ العقد والرجوع بالثمن، وبين البقاء عيه ومطالبة المتلف بالمثل إن كان مثلياً، وبالقيمة إن لم يكن مثلياً.

سادساً: فى حالة ما إذا هلك جزء من المبيع بسبب أجنبى قبل القبض فإن الحكم فى الفقه الإسلامى كما سبق أن رأينا ووفقاً لما ذهب إليه الحنفية، وأحد الرأيين عند الشافعية - هو انفساخ العقد بقدر الهالك وسقوط حصته من الثمنن مع إعطاء المشترى الخيار بين أخذ الباقى بحصته من الثمن، وبين ترك المبيع، هذا إذا كان النقصان فى مقدار المبيع بأن كان كيلاً أو وزنا، أما إذا كان النقصان نقصان وصف، فإن البيع لا يفسخ ولا يسقط عن المشترى شئ من الثمن على اساس أن الأوصاف لا حصة لها من الثمن، وبالمقارنة بين الفقه الإسلامى والقانون المدنى - بالنسبة لما سبق - نجد أن القانون المدنى يتفق مع الفقه الإسلامى فى أنه يعطى المشترى الخيار بين الفسخ وإنقاص الثمن - ومن ناحية أخرى يختلف القانون المدنى عن الفقه الإسلامى من ناحيتين:

الأولى: أن العقد فى الفقه الإسلامى ينفسخ من تلقاء نفسه بخلاف القانون المدنى، حيث يجب أن تحكم به المحكمة ولا ينفسخ من تلقاء نفسه. والثانية أن الفسخ فى الفقه الإسلامى لا يشترط للمطالبة به - جسامة الهلاك - أما فى القانون المدنى فإنه يشترط لطلب الفسخ أن تكون الهلاك جسيماً، وبصفة عامة فإن الفقه الإسلامى يتميز على القانون المدنى - فيما يتعلق بالهلاك الجزئى قبل التسليم - بتفصيلات لا يوجد نظيرها فى

القانون المدنى وهذا ما يؤكد عمق الفقه الإسلامى وأصالته، وفى حالة ما إذا كان الهلاك الجزئى قبل التسليم بفعل المشترى فإن القانون المدنى يتفق مع الفقه الإسلامى فإن تبعة هلاكه تقع على المشترى ويصبح الفسخ غير جائز، وبالتالى يلتزم المشترى بدفع الثمن كاملاً، لأنه مخطأ مقصر، ولايستفيد الإنسان من خطئه أو تقصيره، كما يتفق القانون مع الفقه الإسلامى فى أن تبعة الهلاك الجزئى بعد التسليم تقع على عاتق المشترى، وحينئذ لا يفسخ البيع، ويدفع المشترى الثمن كاملاً للبائع.

سابعاً: عرضنا فى هذا البحث لهلاك العقار قبل التسجيل، واقتضى ذلك أن نطرح سؤالاً وهو ماذا لو تسلم المشترى المبيع ثم هلك قبل التسليم، وماذا لو هلك فى يد البائع قبل التسليم وقبل التسجيل أيضاً، وقلنا فى الإجابة على ذلك، إن القواعد العامة تربط تبعة الهلاك بالتسليم، بحيث إذا هلك المبيع قبل التسليم فإن تبعة هلاكه تكون على البائع، وإذا هلك بعد التسليم انتقلت تبعة هلاكه إلى المشترى، وإن كان غير مسجل، إلا أن تطبيق القواعد العامة – فيما يتعلق بهذه المسألة – لم يكن محل اتفاق من جانب فقهاء القانون، حيث يرى بعضهم أنه يشترط لانتقال تبعة الهلاك شرطان أحدهما انتقال الملكية، والثانى التسليم، فى حين يرى البعض الآخر من الفقهاء، تطبيق القواعد العامة، بمعنى أنه يكفى التسليم لانتقال تبعة الهلاك إلى المشترى، وقد عرضنا لهذين الرأيين فيما سبق، كما عرضنا أدلة كل منهما، ورجحنا الرأى الثانى، الذى يربط تبعة الهلاك بالتسليم وذكرنا أسباب الترجيح.

وبناء على ما رجحنا، فإنه إذا هلك المبيع قبل التسليم فإن هلاكه تكون على البائع، سواء كان عقد البيع مسجلاً أم لا، أما إذا هلك المبيع بعد التسليم فإن تبعة هلاكه يكون على المشترى سواء سجل العقد أم لا.

ثامناً: كما عرضنا فى هذا البحث للجوائح وأثرها فى الفقه الإسلامى وعرفنا أن الفقهاء اختلفوا فى وضعها عن المشترى، فالحنفية، والشافعى فى الجديد والليث بن سعد وغيرهم لا يقولون بوضع الجوائح، ويرون أنها من ضمان البائع ويتفق معهم الإمام الشافعى فى القديم وقد **رجحنا الرأى الثانى** القائل بوضع الجوائح عن المشترى لقوة ادلتهم التى استندوا إليها نقلاً وعقلاً كما عرفنا أن محل وضع الجائحة عند القائلين بها إذا تلفت الثلث فاكثر وهذا ما ذهب إليه المالكية، والشافعى فى القديم، وأحد الرأيين عند الحنابلة وهو ظاهر المذهب عندهم فهو لا يشترط الثلث فى الجائحة بل يرى أنه لا فرق بين قليل الجوائح وكثيرها فى وضعها على المشترى.

أما عن حقيقة الجائحة فقد اتضح لنا اختلاف المذهبين المالكى والحنبلى فى حقيقتها فالجائحة فى المذهب الحنبلى كل آفة لا صنع للآدمى فيها وهو ما يتفق مع أحد الرأيين عند المالكية أما الرأى الآخر فيرى أن الجائحة كما تكون فى الآفة السماوية فإنه يمكن أن تكون من صنع الآدميين.

مراجع البحث

أولاً: القرآن الكريم

ثانياً: مراجع الحديث النبوى الشريف.

١-سبل السلام لشرح بلوغ المرام من جمع أدلة الأحكام لمحمد بن إسماعيل الأمير اليمنى الصنعانى توفى ١١٨٢هـ الناشر مكتبة عاطف.

٢-سنن أبى داود لسليمان بن الأشعث بن إسحاق السجستانى الأزدى المتوفى سنة ٢٧٥هـ الناشر دار إحياء الكتب العربية.

٣-سنن البيهقى (السنن الكبرى) لأبى بكر أحمد بن الحسين بن على البيهقى المتوفى ٤٥٨ هـ الناشر دار المعرفة بيروت.

٤-سنن الترمذى لأبى عيسى محمد بن عيسى بن سورة الترمذى المتوفى سنة ٢٩٧هـ تحقيق محمد فؤاد عبد الباقى الناشر المكتبة الثقافية بيروت لبنان.

٥-سنن النسائى الناشر دار الحديث.

٦-صحيح مسلم بشرح النووى طبعة دار الفكر بيروت لبنان.

٧-فتح البارى بشرح صحيح البخارى لأحمد بن على بن حجر العسقلانى طبعة دار الريان للتراث.

٨-مسند أحمد بن حنبل طبعة دار الفكر.

٩-نيل الأوطار شرح ملتقى الأخار من احاديث سيد الأخيار للإمام محمد بن على الشوكانى المتوفى سنة ١٢٥٥ طبعة دار التراث.

ثالثاً: مراجع التفسير:

أحكام القرآن لأبى بكر محمد بن عبد الله المعروف بابن العربى طبعة دار الفكر.

رابعاً: مراجع اللغة العربية:

١-القاموس المحيط للفيروز أبادى، مجد الدين محمد بن يعقوب الشيرازى المتوفى ١١٧ هـ طبعة عيسى البابى الحلبى.

٢-لسان العرب لابن منظور جمال الدين محمد ابن جلال الدين بن منظور الأفريقى المصرى المتوفى ٧١١ هـ، طبعة دار المعارف.

٣-مختار الصحاح للرازى محمد بن أبى بكر عبد القادر الرازى المتوفى ٦٦٦ طبعة دار المعارف.

٤-المصباح المنير للفيومى أحمد بن محمد بن على المقرى المتوفى ٧٧٠هـ، المكتبة العربية بيروت لبنان.

خامساً: مراجع الفقه:

أولاً: الفقه الإسلامى:

١-البحر الرائق شرح كنز الدقائق للعلامة زين العابدين بن نجيم بن نجيم المصرى المتوفى سنة ٩٧٠هـ، دار المعرفة للطباعة والنشر، بيروت، لبنان. بلا تاريخ.

٢-بدائع الصنائع فى ترتيب الشرائع لعلاء الدين أبى بكر بن مسعود الكاسانى، المتوفى سنة ٥٨٧هـ، الناشر دار الكتاب العربى، بيروت، لبنان، ط ١٩٨٢م.

٣-حاشية ابن عابدين، للشيخ محمد أمين الشهير بابن عابدين المتوفى سنة ١٢٥٢هـ، الناشر دار إحياء التراث العربى، ط ثانية ١٩٨٧م.

٤-الفتاوى الهندية تأليف مولانا الشيخ نظام وجماعة من علماء الهند الأعلام، وقد جمعها الأمير الهندى عالمكير المتوفى سنة ١٠٧٠هـ، الناشر دار المعرفة للطباعة والنشر ١٩٧٣م.

٥-المبسوط لشمس الأئمة محمد بن سهل السرخسى المتوفى سنة ٤٨٣هـ الناشر دار المعرفة للطباعة والنشر، بيروت، لبنان، ط ثالثة ١٩٨٧.

٦-مجمع الأنهر شرح ملتقى الأبحر للفقه المحقق عبد الله بن الشيخ محمد بن سليمان زادة المعرفة بدماد أفندى المتوفى سنة ١٠٧٨ هـ الناشر دار إحياء التراث العربى بلا تاريخ.

ثانياً: الفقه المالكى:

١-بداية المجتهد ونهاية المقتصد لأبي الوليد محمد بن أحمد بن محمد بن رشد القرطبى الحفيد المتوفى سنة ٥٩٥هـ، الناشر دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان.

٢-البهجة شرح التحفة لأبى الحسن على بن عبد السلام التسولى المتوفى سنة ١٢٥٨هـ، الناشر: دار الكتب العلمية بيروت، ط: ١٩٩٨م.

٣-تبيين المسالك شرح تدريب السالك إلى أقرب المسالك للعلامة عبد العزيز أحمد آل مبارك الإحسائى شرح الشيخ محمد الشيبانى بن محمد الشنقيطى، الناشر دار الغرب الإسلامى. ط: الثانية ١٩٩٢م.

٤- التلقين فى الفقه المالكى: تأليف ابى محمد عبد الوهاب بن على البغدادى، بيروت، لبنان بدون تاريخ.

٥-جواهر الإكليل شرح مختصر خليل للشيخ صالح عبد السميع الآبى الأزهرى، الناشر عيسى البابى الحلبى بدون تاريخ.

٦-حاشية الدسوقى على الشرح الكبير لشمس الدين محمد عرفة الدسوقى المتوفى سنة ١٢٣٠م هـ، الناشر دار إحياء الكتب العربية. بدون تاريخ.

٧-حاشية الرهونى على شرح الزرقانى، الناشر دار الفكر. المطبعة الأميرية ١٣٠٦هـ.

٨-حاشية الصاوى على الشرح الصغير المسمى (بلغة السالك لأقرب المسالك إلى مذهب الإمام مالك) للشيخ أحمد بن محمد الصاوى المالكى، الناشر مصطفى البابى الحلبى. بدون تاريخ.

٩-حاشية العدوى على شرح الخرشى للشيخ على الصعيدى العدوى المتوفى سنة ١١٨٩هـ مطبوعة مع شرح الخرشى، الناشر: دار صادر بيروت. بدون تاريخ.

١٠-الذخيرة لشهاب الدين أحمد بن إدريس القرافى، الناشر: دار الغرب الإسلامى. ط: ١٩٩٤م

١١-شرح الخرشى على مختصر خليل لأبى عبد الله محمد الخرشى المتوفى سنة ١٠١٠ هـ، دار صادر بيروت. بدون تاريخ.

١٢-الشرح الصغير لأبى البركات سيدى أحمد الدردير، الناشر: الهيئة العامة للمطابع الأميرية. بدون تاريخ.

١٣-قوانيين الأحكام الششرعية للإمام محمد بن احمد بن جزى الغرناطى المتوفى سنة ٧٤١ هـ، الناشر: عالم الفكر. ط: أولى ١٩٨٥م.

١٤-الكافى لابن عبد البر، الناشر دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان بدون تاريخ.

١٥-مختصر خليل، الناشر دار إحياء الكتب العربي. بدون تاريخ.

١٦-مواهب الجليل لشرح مختصر خليل لأبى عبد الله محمد بن محمد بن عبد الرحمن المغربى المعروف بالحطاب المتوفى سنة ٩٥٤هـ الطبعة الثانية ١٣٩٨ هـ ١٩٧٨م.

ثالثاً: الفقه الشافعى:

١- أسنى المطالب شرح روض الطالب للقاضى أبو يحيى زكريا الأنصارى الشافعى- الناشر دار الكتاب العربى، بدون تاريخ.

٢-الأشباه والنظائر فى فقه الشافعية للإمام جلال الدين السيوطى المتوفى ٩١١هـ، الناشر دار إحياء الكتب العربية. بدون تاريخ.

٣-الأم للإمام أبى عبد الله محمد بن إدريس الشافعى سنة ٢٠٤هـ، الناشر دار الفكر للطباعة والنشر. ط ١٩٨٣.

٤-الجمل على شرح المنهج للشيخ زكريا الأنصارى، الناشر دار إحياء التراث الإسلامى. بدون تاريخ.

٥-الحاوى الكبير للإمام أبى الحسن الماوردى المتوفى سنة ٤٥٠هـ، الناشر دار الفكر للطباعة والنشر. بدون تاريخ.

٦-حاشيتاً قليوبى وعميرة على شرح جلال الدين المحلى على منهاج الطالبين، الناشر دار إحياء الكتب العربية. بدون تاريخ.

٧-حاشية المغربى والرشيدى مطبوعة مع نهاية المحتاج الآتى بيانه.

٨-رحمة الأمة فى اختلاف الأئمة لأبى عبد الله محمد بن عبد الرحمن الدمشقى العثمانى الشافعى، الناشر دار الكتب العلمية بيروت. بدون تاريخ.

٩-روضة الطالبين وعمدة المفتيين للإمام أبى زكريا محى الدين بن شرف النووى المتوفى سنة ٦٧٦هـ، الناشر دار الفكر للطباعة والنشر، ط ١٩٩٥م.

١٠-فتح العزيز شرح الوجيز، للإمام أبى القاسم عبد الكريم بن محمد الرافعى المتوفى سنة ٦٢٣هـ، الناشر دار الكتب العلمية بيروت، لبنان، ط أولى ١٩٥٩م.

١١-مغنى المحتاج إلى معرفة ألفاظ المناهج للإمام محمد بن أحمد الشربينى الخطيب المتوفى سنة ٩٧٧هـ. الناشر مكتبة ومطبعة البابى الحلبى ط ١٩٥٨م.

١٢-المهذب فى فقه الإمام الشافعى لأبى إسحاق إبراهيم بن على بن يوسف الفيروزأبادى الشيرازى المتوفى سنة ٤٧٦هـ، الناشر دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان.

١٣-نهاية المحتاج شرح المنهاج لشمس الدين محمد بن أبى العباس بن حمزة بن شهاب الدين الرملى المتوفى سنة ١٠٠٤هـ، الناشر مصطفى البابى الحلبى ط ثانية ١٩٦٧.

١٤-الوجيز لحجة الإسلام أبى حامد محمد بن محمد الغزالى المتوفى سنة ٥٠٥هـ، الناشر دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان. بدون تاريخ.

١٥-الوسيط فى المذهب للغزالى، الناشر دار السلام. ط أولى ١٩٩٧.

رابعاً: الفقه الحنبلي:

١-الإنصاف في معرفة الراجح م الخلاف: لعلاء الدين أبي الحسن علي بن سليمان المرداوي. المتوفى سنة ٨٨٥هـ. الناشر دار الكتب العلمية بيروت لبنان ط ١٩٩٧.

٢-الإقناع للشيخ/ شرف الدين موسى بن أحمد الحجاوي الصالحي المتوفى ٩٦٨ هـ، مطبوع مع كشاف القناع الآتي ذكره.

٣-الروض المربع شرح زاد المستنقع للعلامة منصور بن إدريس البهوتي المتوفى ١٠٥١هـ، الناشر المكتبة الثقافة، بيروت، لبنان بدون تاريخ.

٤-الشرح الكبير على متن المقنع: لشمس الدين أبي الفرج عبد الرحمن بن عمر محمد بن أحمد حدامة المقدسي المتوفى سنة ٦٨٢هـ، وهو مطبوع مع المغني لابن قدامة.

٥-الفروع لشمس الدين المقدسي أبي عبد الله محمد بن مفلح المتوفى سنة ٧٦٣هـ، طبعة عالم الكتب ط ١٩٦٧.

٦-الكافي في الفقه لشيخ الإسلام موفق الدين بن قدامة المقدسي، الناشر فيصل عيسى البابي الحلبي بدون تاريخ.

٧-كشاف القناع شرع متن الإقناع الشيخ منصور بن يونس البهوتي الحنبلي، الناشر دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان.

٨-المبدع في شرح المقنع لأبي إسحاق برهان الدين إبراهيم محمد بن عبد الله بن محمد بن مفلح المتوفى سنة ٨٨٤هـ، المكتب الإسلامي.

٩-المغنى لابن قدامة: لموفق الدين أبى محمد عبد الله بن أحمد بن محمد بن قدامة المتوفى سنة ٦٢٠هـ، الناشر دار الغد العربى.

١٠-المقنع متن موفق الدين بن قدامة صاحب المغنى، مطبوع مع الشرح الكبير لشمس الدين بن قدامة بهامش المغنى.

خامساً: الفقه الزيدى:

١-البحر الزخار الجامع لمذاهب علماء الأمصار: لأحمد بن يحيى المرتضى المتوفى سنة ٨٤٠هـ، الناشر دار الحكمة اليمنية.

٢-عيون الأزهار لمؤلفه أحمد بن يحى المرتضى الناشر دار الكتاب العربى، بيروت، لبنان.

سادساً: الفقه الظاهرى:

- المحلى للإمام أبى محمد على بن أحمد بن سعد بن حزم المعروف بابن حزم الظاهرى. المتوفى ٤٥٦هـ، الناشر مكتبة الجمهورية العربية. ط. ١٩٦٩.

سابعاً: الفقه الإباضى:

- شرح كتاب النيل وشفاء العليل: محمد بن يوسف أطفيش المتوفى سنة ١٣٢٣هـ مكتبة الإرشاد جدة.

ثامناً: مراجع حديثة فى الفقه الإسلامى:

١- الشيخ أحمد أبو الفتح:

أ- مختصر كتاب المعاملات فى الشريعة الإسلامية ط: رابعة ١٣٤٣هـ - ١٩٢٤م.

ب- المعاملات فى الشريعة الإسلامية والقوانين المصرية ط ١٣٤٣هـ.

٢- د/أحمد عبد الحميد عشوش: العقود المدنية فى الشريعة الإسلامية، الناشر دار ثروت للنشر، بدون تاريخ.

٣- د/أحمد فراج حسين: مكتبة ونظرية العقد فى الشريعة الإسلامية. الناشر الدار الجامعية.ط: ١٩٨٧م.

٤- د/سليمان محمد أحمد: ضمان المتلفات فى الفقه الإسلامى ط: أولى ١٤٠٥هـ ١٩٨٥م.

٥- عبد الرزاق السنهورى: مصادر الحق فى الفقه الإسلامى ط: ١٩٦٨م.

٦- الشيخ محمد أبو زهرة: الملكية ونظرية العقد فى الشريعة الإسلامية، الناشر دار الفكر العربى.ط: ١٩٧٦م.

٧- (أبو بكر) محمد أحمد الشاشى القفال: رحمة الأمة فى اختلاف الأئمة، الناشر مكتبة الرسالة الحديثة.

٨- د/ مصطفى الزرقاء: الفقه الإسلامى فى ثوبه الجديد، مطابع ألف باء الأديب دمشق. ط: ١٩٦٨م.

٩- د/مصطفى سيد أحمد صقر: نظرية تحمل تبعة المخاطر فى البيع، ط: ١٩٩٥م.

١٠- د/وهبة الزحيلى.

أ- الفقه الإسلامى وأدلته، ط: دار الفكر . ط: ١٩٦٨م.

ب- نظرية الضمان: ط: دار الفكر . دمشق، سورية.ط: ١٩٩٨م.

تاسعاً: مراجع فى القانون:

١- د/أنور سلطان: عقد البيع ط: دار المعارف . ط: ١٩٦٦م.

٢- د/برهام محمد عطا الله، عقد البيع، الناشر مؤسسة الثقافة الجامعية بالإسكندرية. بدون تاريخ.

٣- د/توفيق حسن فرج: عقد البيع، الناشر المكتب المصرى. ط: ١٩٧٠م

٤-د/جميل الشرقاوى: شرح العقود المدنية، الناشر دار النهضة العربية. بدون تاريخ.

٥- د/ خميس خضر: العقود المدنية الكبيرة، الناشر دار النهضة العربية.

٦- د/سليمان مرقس:

أ- الوافى فى شرح القانون المدنى ٣ فى العقود المسماه المجلد الأول. ط ١٩٩٠م.

ب- عقد البيع، ط: الخامسة ١٩٩٠م.

٧- سمير عبد السيد تناغو: عقد البيع، الناشر منشأة المعارف بالأسكندرية ١٩٧٣م.

٨- عبد الرزاق أحمد السنهورى: الوسيط فى القانون المدنى، الناشر دار النشر للجامعات المصرية. ١٩٥٢م.

٩- عبد الرازق حسن فرج: عقد البيع، ط: أولى ١٣٩٦هـ - ١٩٧٦م.

١٠- د/عبد المنعم البدراوى: عقد البيع فى القانون المدنى، ط: دار الكتاب العربى ١٩٦١م.

١١- د/عبد الناصر العطار: البداية في شرح أحكام عقد البيع، الناشر، مطبعة عابدين.

١٢- د/عبد الودود يحيى: دورس في العقود المسماه، الناشر: دار النهضة العربية ط: ١٩٧٧م.

١٣- د/محمد إبراهيم دسوقي: العقود المسماه ط: ١٩٩٦م.

١٤- د/محمد حسام محمود لطفي: أحكام عقدى البيع والإيجار ط: ١٩٩٠م - ١٤١٥هـ.

١٦- د/محمد حسن قاسم: الموجز في عقد البيع، الناشر دار الجامعة الجديدة للنشر. ١٩٩٦م.

١٧- د/ محمد على عمران: الوجيز في شرح أحكام عقد البيع، الناشر دار النهضة العربية.

١٨- د/محمد كامل مرسى: العقود المسماه، الناشر المطبعة العالمية ١٩٥٣م.

١٩- د/محمد لبيب شنب: شرح أحكام عقد البيع، الناشر دار النهضة العربية. ط ١٩٦٨م.

٢٠- د/ محمد المنجى: عقد البيع الإبتدائى، الناشر منشأة المعارف ١٩٨٣م.

٢١- د/ مصطفى الجمال: عقد البيع، الناشر دار النهضة العربية ١٩٩٨م.

عاشراً: رسائل علمية وأبحاث:

١-د/أسامة محمد حسن العبد: نظرية الاستهلاك فى الفقه الإسلامى والقانون الوضعى (رسالة دكتوراه) كلية الشريعة والقانون بالقاهرة ١٤٠٥هـ، ١٩٨٥م.

٢-د/محمد أحمد الزرقاء (مسئولية الناقل البرى فى عقد نقل الأشياء دراسة مقارنة) (رسالة دكتوراه) من كلية الشريعة والقانون بالقاهرة ١٩٨١م.

٣-د/محمد حسن عبد الرحمن (التزام البائع بتسليم المبيع فى القانون المدنى والفقه الإسلامى) رسالة ماجستير مقدمة لكلية الشريعة والقانون بأسيوط ١٩٨١م.

٤-د/محمد على عثمان: بحث بعنوان (هلاك المبيع) دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامى والقانون الوضعى، الناشر دار النهضة العربية.

٥-د/محمود محمد عوض سلامة (هلاك المعقود عليه. دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامى والقانون الوضعى) رسالة دكتوراه لكلية الشريعة والقانون بالقاهرة ١٤١٦هـ ١٩٩٦م.

الحادى عشر: الدوريات ومجموعات الأحكام:

١-مجلة القانون والاقتصاد: كلية الحقوق جامعة القاهرة مطبعة الاعتماد بشارع حسن الأكبر.

٢-مجموعة أحكام النقض التى يصدرها المكتب الفنى لمحكمة النقض المصرية.

٣-مجموعة المبادئ القانونية التى قررتها محكمة النقض للمستشار أنور طلبة.

٤-مجموعة الأعمال التحضيرية، مطابع مدكور بالقاهرة.

فهرس الموضوعات

تابع فهرس الموضوعات

تابع فهرس الموضوعات